This is a digital copy of a book that was preserved for generations on library shelves before it was carefully scanned by Google as part of a project to make the world's books discoverable online.

It has survived long enough for the copyright to expire and the book to enter the public domain. A public domain book is one that was never subject to copyright or whose legal copyright term has expired. Whether a book is in the public domain may vary country to country. Public domain books are our gateways to the past, representing a wealth of history, culture and knowledge that's often difficult to discover.

Marks, notations and other marginalia present in the original volume will appear in this file - a reminder of this book's long journey from the publisher to a library and finally to you.

Usage guidelines

Google is proud to partner with libraries to digitize public domain materials and make them widely accessible. Public domain books belong to the public and we are merely their custodians. Nevertheless, this work is expensive, so in order to keep providing this resource, we have taken steps to prevent abuse by commercial parties, including placing technical restrictions on automated querying.

We also ask that you:

+ *Make non-commercial use of the files* We designed Google Book Search for use by individuals, and we request that you use these files for personal, non-commercial purposes.

+ *Refrain from automated querying* Do not send automated queries of any sort to Google's system: If you are conducting research on machine translation, optical character recognition or other areas where access to a large amount of text is helpful, please contact us. We encourage the use of public domain materials for these purposes and may be able to help.

+ *Maintain attribution* The Google "watermark" you see on each file is essential for informing people about this project and helping them find additional materials through Google Book Search. Please do not remove it.

+ *Keep it legal* Whatever your use, remember that you are responsible for ensuring that what you are doing is legal. Do not assume that just because we believe a book is in the public domain for users in the United States, that the work is also in the public domain for users in other countries. Whether a book is still in copyright varies from country to country, and we can't offer guidance on whether any specific use of any specific book is allowed. Please do not assume that a book's appearance in Google Book Search means it can be used in any manner anywhere in the world. Copyright infringement liability can be quite severe.

About Google Book Search

Google's mission is to organize the world's information and to make it universally accessible and useful. Google Book Search helps readers discover the world's books while helping authors and publishers reach new audiences. You can search through the full text of this book on the web at `http://books.google.com/`

Über dieses Buch

Dies ist ein digitales Exemplar eines Buches, das seit Generationen in den Regalen der Bibliotheken aufbewahrt wurde, bevor es von Google im Rahmen eines Projekts, mit dem die Bücher dieser Welt online verfügbar gemacht werden sollen, sorgfältig gescannt wurde.

Das Buch hat das Urheberrecht überdauert und kann nun öffentlich zugänglich gemacht werden. Ein öffentlich zugängliches Buch ist ein Buch, das niemals Urheberrechten unterlag oder bei dem die Schutzfrist des Urheberrechts abgelaufen ist. Ob ein Buch öffentlich zugänglich ist, kann von Land zu Land unterschiedlich sein. Öffentlich zugängliche Bücher sind unser Tor zur Vergangenheit und stellen ein geschichtliches, kulturelles und wissenschaftliches Vermögen dar, das häufig nur schwierig zu entdecken ist.

Gebrauchsspuren, Anmerkungen und andere Randbemerkungen, die im Originalband enthalten sind, finden sich auch in dieser Datei – eine Erinnerung an die lange Reise, die das Buch vom Verleger zu einer Bibliothek und weiter zu Ihnen hinter sich gebracht hat.

Nutzungsrichtlinien

Google ist stolz, mit Bibliotheken in partnerschaftlicher Zusammenarbeit öffentlich zugängliches Material zu digitalisieren und einer breiten Masse zugänglich zu machen. Öffentlich zugängliche Bücher gehören der Öffentlichkeit, und wir sind nur ihre Hüter. Nichtsdestotrotz ist diese Arbeit kostspielig. Um diese Ressource weiterhin zur Verfügung stellen zu können, haben wir Schritte unternommen, um den Missbrauch durch kommerzielle Parteien zu verhindern. Dazu gehören technische Einschränkungen für automatisierte Abfragen.

Wir bitten Sie um Einhaltung folgender Richtlinien:

+ *Nutzung der Dateien zu nichtkommerziellen Zwecken* Wir haben Google Buchsuche für Endanwender konzipiert und möchten, dass Sie diese Dateien nur für persönliche, nichtkommerzielle Zwecke verwenden.

+ *Keine automatisierten Abfragen* Senden Sie keine automatisierten Abfragen irgendwelcher Art an das Google-System. Wenn Sie Recherchen über maschinelle Übersetzung, optische Zeichenerkennung oder andere Bereiche durchführen, in denen der Zugang zu Text in großen Mengen nützlich ist, wenden Sie sich bitte an uns. Wir fördern die Nutzung des öffentlich zugänglichen Materials für diese Zwecke und können Ihnen unter Umständen helfen.

+ *Beibehaltung von Google-Markenelementen* Das "Wasserzeichen" von Google, das Sie in jeder Datei finden, ist wichtig zur Information über dieses Projekt und hilft den Anwendern weiteres Material über Google Buchsuche zu finden. Bitte entfernen Sie das Wasserzeichen nicht.

+ *Bewegen Sie sich innerhalb der Legalität* Unabhängig von Ihrem Verwendungszweck müssen Sie sich Ihrer Verantwortung bewusst sein, sicherzustellen, dass Ihre Nutzung legal ist. Gehen Sie nicht davon aus, dass ein Buch, das nach unserem Dafürhalten für Nutzer in den USA öffentlich zugänglich ist, auch für Nutzer in anderen Ländern öffentlich zugänglich ist. Ob ein Buch noch dem Urheberrecht unterliegt, ist von Land zu Land verschieden. Wir können keine Beratung leisten, ob eine bestimmte Nutzung eines bestimmten Buches gesetzlich zulässig ist. Gehen Sie nicht davon aus, dass das Erscheinen eines Buchs in Google Buchsuche bedeutet, dass es in jeder Form und überall auf der Welt verwendet werden kann. Eine Urheberrechtsverletzung kann schwerwiegende Folgen haben.

Über Google Buchsuche

Das Ziel von Google besteht darin, die weltweiten Informationen zu organisieren und allgemein nutzbar und zugänglich zu machen. Google Buchsuche hilft Lesern dabei, die Bücher dieser Welt zu entdecken, und unterstützt Autoren und Verleger dabei, neue Zielgruppen zu erreichen. Den gesamten Buchtext können Sie im Internet unter `http://books.google.com` durchsuchen.

HARVARD LAW LIBRARY
3 2044 061 300 141

HARVARD LAW LIBRARY

Received OCT 2[illegible] 19[illegible]

Actio de in rem verso

zugleich ein Beitrag

zur Lehre von der Geschäftsführung

von

Dr. Andreas von Tuhr,
Professor in Basel.

Freiburg i. B. und Leipzig 1895.
Akademische Verlagsbuchhandlung von J. C. B. Mohr
(Paul Siebeck).

Das Recht der Ueberſetzung in fremde Sprachen behält ſich die Verlagsbuchhandlung vor.

OCT 2 5 1921

Druck von C. A. Wagner in Freiburg i. Br.

Herrn

Geheimrath Professor Dr. Bekker

in dankbarer Verehrung

gewidmet.

Das Recht der Ueberſetzung in fremde Sprachen behält ſich die Verlagsbuchhandlung vor.

OCT 2 5 1921

Druck von C. A. Wagner in Freiburg i. Br.

Herrn

Geheimrath Professor Dr. Bekker

in dankbarer Verehrung

gewidmet.

Vorwort.

Die Lehre von der Versionsklage gehört zu den bestrittensten Materien des heutigen gemeinen Rechtes. Man streitet über ihre Existenz, und unter ihren Anhängern herrscht Uneinigkeit über die Erfordernisse und das Anwendungsgebiet dieser Klage. Und in der That scheint die Versionsklage im Widerspruch mit zwei fundamentalen Sätzen des Obligationenrechtes zu stehen: daß Verträge nur zwischen den Kontrahenten (und solchen Personen, in deren Namen kontrahirt worden ist) Obligationen erzeugen, und daß eine Bereicherungsklage nur da zulässig ist, wo der Beklagte aus dem Vermögen des Klägers reicher geworden ist. Bei der Versionsklage besteht aber zwischen Kläger A und Beklagtem B weder ein Vertrag noch ein kondiktionenbegründendes Verhältniß: der Versionskläger hat nicht mit dem Beklagten kontrahirt, sondern mit einer Zwischenperson X, welche in eigenem Namen handelte, und die Leistung des Klägers ist nicht unmittelbar in das Vermögen des Beklagten, sondern zunächst in das der Zwischenperson gelangt. Ein Versionsanspruch des A gegen B scheint nun in die Rechtsbeziehungen zwischen A und X und zwischen X und B störend einzugreifen: was A als Versionskläger dem B abnimmt, das entzieht er dem X und damit auch dessen Gläubigern. Ist X in Konkurs verfallen, so erscheint in Folge der Versionsklage sein Vertragsgläubiger A vor den übrigen Gläubigern als bevorzugt. Läßt sich ein Rechtsmittel, welches zu diesem Resultat führt, rechtfertigen, und welches sind die Voraussetzungen desselben?

Zur Beantwortung dieser Frage mußte m. E. mehr, als bisher geschehen, das Rechtsverhältniß zwischen der Mittelperson

X und dem Versionsbeklagten B in's Auge gefaßt werden. Im normalen Fall der a. de in rem verso des Pekuliarrechtes ist der Sklave Geschäftsführer (Mandatar oder neg. gestor) seines Herrn. Nun richtet sich der Regreß des Geschäftsführers nach seiner Aufwendung: besteht letztere in einer Schuldbelastung, so geht der Regreß auf Befreiung von der Schuld. Der Liberationsanspruch hat aber eine Anzahl von Eigenthümlichkeiten, vor Allem die, daß er vermöge seines spezifischen Inhaltes dem einen Gläubiger des liberationsberechtigten Schuldners zu Gute kommt.

Untersucht man nun das Anwendungsgebiet der a. de in rem verso des Pekuliarrechtes, so erweist sich für die Zeit der klassischen Jurisprudenz, daß diese Klage dem Gläubiger des Sklaven dann zu Gebote steht, wenn sich im Pekulium ein auf Liberation gerichteter Naturalanspruch des Sklaven befindet. Daraus erklärt sich die in den Quellen hervorgehobene Bevorzugung des Versionsgläubigers vor den übrigen Pekuliargläubigern.

Damit ist aber auch für das gemeine Recht ein Gebiet gefunden, auf welchem eine Versionsklage sich nicht nur nicht als Störung der zwischen den drei betheiligten Personen bestehenden Rechtsbeziehungen darstellt, sondern vielmehr als Ergänzung der Normen über die sog. indirekte Stellvertretung. Wenn der Geschäftsführer einen Liberationsregreß hat, so kann sein Gläubiger die zu seinen Gunsten bestehende Reflexwirkung dieses Regresses als eigenes Recht beanspruchen: zu diesem Zwecke dient ihm die Versionsklage. De lege ferenda scheint mir in solchen Fällen ein Bedürfniß zu bestehen, den Gläubiger im Konkurse des Geschäftsführers zu sichern.

So erweist sich die Versionsklage nicht als Singularität des Pekuliarrechtes, sondern als Ergebniß aus der Struktur der indirekten Vertretung; darum hat auch die Versionsklage den Untergang der übrigen adjekticischen Aktionen überdauert. Wenn ich trotzdem in meiner Untersuchung den Anschluß an das Pekuliarrecht nicht aufgegeben habe, so geschah das nicht nur deshalb, weil die Versionsklage als Nebenklage der a. de peculio entstanden ist und sich entwickelt hat, sondern auch weil im Pekuliarverhältniß die Beziehungen der drei betheiligten Personen deutlicher zu Tage

treten, als im Verkehr unter freien Menschen: denn die beschränkte Pekuliarhaftung bewirkt, daß bei der a. de peculio immer die Aktiva des Pekulium in Betracht kommen, und ein zum Pekulium gehörender Liberationsanspruch das Maß der dem Gläubiger zu Theil werdenden Befriedigung unmittelbar beeinflußt.

Wenn es mir gelungen ist, die Versionsklage des römischen und des heutigen Rechtes aus einer ihr zu Grunde liegenden Liberationsforderung befriedigend zu erklären, so entsteht die weitere Frage, ob nicht die Eigenthümlichkeiten des Liberationsregresses auch da zur Geltung kommen müssen, wo dieser Regreß aus anderen Thatbeständen, als dem der Geschäftsführung, hervorgeht. Sollte nicht der Gläubiger überall, wo aus seiner Forderung dem Schuldner ein Befreiungsanspruch erwächst, aus diesem Anspruch ein eigenes Recht gegen den Liberationspflichtigen ableiten können, oder wenigstens im Konkurse des Schuldners an diesem Liberationsanspruch ein Vorrecht haben? Doch sind die Entstehungsgründe der Liberationsforderung unter sich zu sehr verschieden, als daß man einen allgemeinen Rechtssatz für alle Fälle des Befreiungsanspruches aufzustellen versuchen dürfte. Darum habe ich mich in dieser Untersuchung auf den Liberationsregreß des Geschäftsführers beschränkt. Immerhin glaube ich nicht zu irren, wenn ich annehme, daß die Eigenthümlichkeiten der Liberationsforderung auch in anderen Fragen des Obligationenrechtes mehr Beachtung verdienen, als sie bisher gefunden haben. Um nur ein Beispiel anzuführen [1]), verweise ich

[1]) Ein anderes Beispiel: D verkauft eine Sache, welche er von L gekauft hat, an C, bei dem sie evincirt wird. Dadurch wird D dem C gegenüber evikionspflichtig, dem L gegenüber evikionsberechtigt. Wenn nun D im Konkurse ist, so ist es höchst unbillig, daß die Leistung des L in die Konkursmasse fällt und C, der allein durch die Evikion geschädigt ist, nur die Dividende erhält. Nun ist der Evikionsregreß des D gegen L ein Liberationsanspruch und L kann daher mit befreiender Wirkung an C zahlen, aber C kann ihn nicht dazu anhalten (vgl. unten § 5, Note 78) und seine Aussicht auf volle Befriedigung kann durch Verhandlungen zwischen L und dem Konkursverwalter des D vereitelt werden. Die französische Jurisprudenz ist mit Recht bestrebt, zur Vermeidung solcher Uebelstände eine direkte Beziehung zwischen C und L herzustellen, Demolombe, Code Nap. t. 25 no. 141; in unserem Rechte kann m. E. hier, wo es an einer

auf die Schadenserſatzklage des Gläubigers, der im Intereſſe eines anderen kontrahirt hat (Windſcheid, Pand. § 258, N. 19); er kann nach herrſchender Lehre das Intereſſe dieſes Anderen als das ſeinige einklagen, z. B. der Mandatar überträgt die Ausführung des Auftrages einem Subſtituten; dieſer begeht einen Fehler. Der Mandatar verlangt Zahlung des Betrages, um welchen ſein Auftraggeber geſchädigt worden iſt. Sollte ſich nicht dieſer Anſpruch bei näherer Betrachtung als Liberationsanſpruch herausſtellen (wenigſtens bei unbefugter Subſtitution; bei befugter Subſtitution liegt die weitere Schwierigkeit vor, daß es an einer Schuldbelaſtung des Mandatars zu fehlen ſcheint)? Nur bei dieſer Auffaſſung laſſen ſich m. E. gewiſſe Konſequenzen vermeiden, deren Unbilligkeit wohl allgemein zugegeben werden dürfte: z. B. der ſchuldige Subſtitut könnte ſich von der a. mand. dir. des Mandatars nicht durch Zahlung an den Mandanten befreien; im Konkurſe des Mandatars würde der Erſatzanſpruch aus einem Schaden, den ſein Vermögen nicht erlitten hat, dennoch Aktivum der Konkursmaſſe ſein, während der in ſeinem Vermögen geſchädigte Auftraggeber auf die Dividende angewieſen wäre. In richtiger Erkenntniß dieſer Sachlage haben einige neuere Geſetzgebungen [1]) dem Mandanten eine Erſatzklage gegen den Subſtituten verliehen, welche eine unverkennbare Verwandtſchaft mit der neben dem Liberationsregreß des Geſchäftsführers beſtehenden a. de in rem verso aufweiſt.

Hülfe, wie ſie die Verſionsklage gewährt, fehlt, nur eine geſetzliche Beſtimmung über die Behandlung von Liberationsforderungen im Konkurſe durchgreifen.

[1]) Code civil. a. 1994. Schweiz. Obl.-Rt. Art. 397. Der deutſche Entwurf hat keine entſprechende Beſtimmung. Die Motive, Bd. II, S. 534, laſſen es dahingeſtellt, ob der Mandant wenigſtens einen Anſpruch auf Ceſſion der Forderung gegen den Subſtituten hat (wobei Obl.-Rt. Art. 397 mißverſtanden wird) und erklären die Statuirung eines ſolchen Anſpruchs oder einer direkten Klage gegen den Subſtituten für eine poſitive, durch kein Bedürfniß gebotene Vorſchrift. Ein ſolches Bedürfniß ſcheint mir im Konkurſe des Mandatars doch vorzuliegen.

Inhaltsverzeichniß.

Seite

§ 1. **Der Ausgangspunkt** 1

Wie verhält sich die Versionshaftung des Herrn zum Naturalanspruch des Sklaven aus der Verwendung?

§ 2. **Die bisherigen Ansichten** 3

Bereicherungs- und Regreßtheorie. Mandry. Löwenfeld. Leist. Brinz S. 7. Witte S. 8. Windscheid S. 9. Seuffert. Scheuer S. 10. Die „Willenstheorie" (Keller, Ruhstrat, Baron, Grimm) S. 11 fg.: Die Naturalansprüche des Sklaven sollen nur dann zum Pekulium gehören, wenn der Herr es will. Widerlegung: Die Pekuliarguthaben unterliegen den gewöhnlichen Grundsätzen über Ademption.

§ 3. **Versionsklage und Geschäftsführung des Sklaven** 16

Die Versionsklage beruht auf dem Regreß des Sklaven aus der Geschäftsführung. Wie kommt es, daß dieser Bestandtheil des Pekulium dem einen Versionsgläubiger zu Gebot steht? Die Erklärung ist in der Natur des Regresses zu suchen.

§ 4. **Der Regreß des Geschäftsführers** 18

I. Der allgemeine Begriff der Geschäftsführung. Mandat und neg. gestio sind spezielle Fälle der Geschäftsführung im weiteren Sinn: Handeln im Interesse und auf Rechnung eines Anderen, im Gegensatz zum Handeln im Interesse eines Anderen gegen festen Entgelt. Die Fälle der Geschäftsführung (S. 22): 1. selbstständige Geschäftsführung. 2. unselbstständige Geschäftsführung: a) Nebenverpflichtung in einem anderen Rechtsverhältnisse; b) freiwilliges Handeln bei Gelegenheit eines anderen Rechtsverhältnisses; c) im Gemeinschaftsverhältnisse. Allen Fällen ist gemeinsam der Anspruch auf Ersatz der Auslagen: Regreß des Geschäftsführers S. 24.

Seite

II. Der Entstehungsgrund des Regresses S. 25. Der Regreß entsteht aus der Aufwendung (re), nicht aus einem ausdrücklichen oder stillschweigenden Erstattungsversprechen. Er entsteht im Moment der Aufwendung S. 30. Konsequenzen für Behandlung im Konkurs des Geschäftsherrn und für Datum eines Pfandrechtes. Der Regreß kann als naturale negotii durch den Willen der Parteien modifizirt werden: Ausschluß durch animus donandi, Begrenzung, Befristung; aber kein Regreß vor der Aufwendung.

III. Inhalt des Regresses. Regreß und Schadensersatz S. 33. Der Inhalt des Regresses bestimmt sich nach dem, was der Geschäftsführer freiwillig aufgeopfert hat, der Schadensersatz nach dem Nachtheil, den der Geschädigte erlitten hat. Aus demselben Rechtsverhältnisse kann Regreß und Schadensersatzanspruch hervorgehen.

IV. Arten der Aufwendung: 1. Erogatio (S. 38). Aufwendung durch Verminderung der Aktiva. Aufwendung eines Eigenthumsrechtes. Erstattung des Geldwerthes im Momente der Aufwendung. Aufopferung einer Forderung. Aufwendung fremder Vermögenswerthe S. 43. Kein Recht auf Erstattung des Werthes, u. U. Abnahme der Schuldbelastung.

V. Arten der Aufwendung: 2. Intercessio (S. 46). Aufwendung durch Vermehrung der Passiva. Das Vermögen ist mit einer zukünftigen ungewissen Ausgabe belastet. Möglichkeit der Wiederherstellung. Daher Anspruch auf Liberation (auch bei Intercession durch Verpfändung S. 49). Moderne Gesetze. H.-G.-A. Art. 371. Entwickelungsstadien der Intercessionswirkungen S. 54. Regreß in den späteren Stadien. Durch Zahlung der Schuld bedingter Erstattungsanspruch S. 56.

VI. Arten der Intercession S. 57. 1. Privative Intercession: expromissio des Mandatars, des neg. gestor. 2. Kumulative Intercession S. 61. 3. Surrogative (stellvertretende) Intercession S. 63, durch Kauf, Darlehen, andere Verträge; ohne Abschluß eines neuen Vertrages S. 66, bei Gelegenheit der direkten Vertretung.

VII. Momentaner und successiver Thatbestand der Geschäftsführung S. 68. Bei successivem Thatbestand besteht zwischen dem Regreß des Geschäftsführers und seiner Verpflichtung ein synallagmatisches Verhältniß: 1. der Geschäftsherr trägt die Gefahr S. 71; 2. Verlust des Regresses bei Verschulden des Geschäftsführers; 3. Leistung Zug um Zug. K.-O. § 15 (S. 74); 4. Geschäftsführung und Kauf.

Seite

VIII. Beginn und Vorbereitung der Geschäftsführung S. 76. Von welchem Zeitpunkt an geht die Anschaffung auf Gefahr und Rechnung des Geschäftsherrn? Anhaltspunkte für das Mandat und die neg. gestio S. 80. Stellung des procurator.

§ 5. **Der Anspruch auf Liberation** 82

I. Stellung im System. Eintheilung der Obligationen nach dem Inhalte der Leistung.

II. Vorkommen des Liberationsanspruches S. 85. 1. Liberationsversprechen. 2. Liberationsvermächtniß. 3. Liberation als Schadenersatz. 4. Liberation als Gegenstand der Bereicherungsklagen.

III. Abhängigkeit des Liberationsanspruches von der Schuldbelastung S. 88. Gegensatz zum Erstattungsanspruch. 1. Verwandlung in Erstattungsanspruch in Folge von Zahlung, Konfusion, Erlaß donandi causa. 2. Wegfall des Liberationsanspruchs bei Erlöschen der Schuld ohne Vermögensverlust des Schuldners. Vermögenswerth des Liberationsanspruches S. 93.

IV. Arten der Erfüllung S. 94. 1. Schuldübernahmen. 2. Zahlung an den Gläubiger. 3. defensio. 4. Deckung (S. 97), zu unterscheiden von Pfandsicherung. Recht zur Anbietung von Deckung S. 98. Rechtsverhältniß der Deckung, als Bestandtheil eines Mandats, als selbstständiges Geschäft S. 102. Deckung ist mand. mea et tua gratia, unwiderruflich post obligationem — Cession zahlungshalber S. 105. — Klage, Urtheil und Vollstreckung aus einem Liberationsanspruch S. 106.

V. Kompensation S. 108. 1. Mit einem Liberationsanspruch. 2) Gegen einen Liberationsanspruch.

VI. Uebertragbarkeit des Liberationsanspruches S. 110. Ist die Cessibilität vom Inhalt des Anspruches abhängig? Cession ohne Veränderung in der Person des Leistungsempfängers. Anwendung auf den Liberationsanspruch (S. 114). Cession des Liberationsanspruches an den Gläubiger. Verwandlung in obligatio dandi. Der Gläubiger des Geschäftsführers hat kein Recht auf diese Cession (S. 118). Ist Cession des Liberationsanspruches an Zahlungsstatt möglich?

VII. Pfändbarkeit des Liberationsanspruches S. 121.

Seite

VIII. Der Liberationsanſpruch als Aktivum einer Konkursmaſſe S. 123. 1. Der Gläubiger meldet ſeinen Anſpruch nicht an? 2. Der Gläubiger wird nicht aus den Mitteln der Konkursmaſſe befriedigt? 3. Der Liberationsſchuldner darf direkt an den Gläubiger zahlen. 4. Der Konkursverwalter kann nur Befreiung, nicht Zahlung an die Konkursmaſſe verlangen (S. 126). Daraus ergibt ſich eine Begünſtigung des einen Gläubigers. Kann dieſelbe vereitelt werden? S. 129.

§ 6. **Der Liberationsanſpruch als Grundlage der actio de in rem verso** 130

Das Pekulium iſt analog der Konkursmaſſe. Der Verſionsgläubiger hat am Regreß des Sklaven ein Vorrecht, wenn der Regreß auf Liberation geht. Die Verſionsklage beruht daher nicht auf dem Gedanken der Bereicherung.

§ 7. **Verhältniß des in rem versum zum Pekulium** 135

1. Der Liberationsregreß kommt den Pekuliargläubigern nicht zu Gute. 2. Der Herr iſt doppelt verpflichtet: dem Sklaven auf Liberation, dem Verſionsgläubiger auf Leiſtung. 3. Für den Verſionskläger iſt das Pekulium größer als für die übrigen Pekuliargläubiger. Interpretation von fr. 1 § 2 h. t. (S. 137).

§ 8. **Rechtsgeſchäfte, aus welchen die Verſionsklage entſtehen kann** . 142

I. Privative Interceſſion. 1. expromissio. 2. defensio S. 144.

II. Kumulative Interceſſion (S. 148). 1. fideiussio. 2. constitutum. Der Konſtituent übernimmt auch dem Schuldner gegenüber Zahlung der Schuld.

III. Surrogative Interceſſion (S. 152). 1. Darlehen, 2. Kauf, 3. Verkauf einer Sache des Herrn, fr. 7 § 4 h. t. (S. 154), 4. Mandat, 5. Empfang einer dos und 6. einer fiducia, 7. Erwerb durch anfechtbares Geſchäft (S. 159), 8. Interceſſion durch Vertragsverletzung. 9. Interceſſion durch Delikt? (S. 161), condictio furtiva de pec. bei Bereicherung des Pekulium, cond. sine causa bei Vergrößerung des Patrimonium. Keine Verſionsklage (S. 166), weil kein Liberationsanſpruch; praktiſcher Grund. a. rerum amotarum.

§ 9. **Erforderniſſe der actio de in rem verso** 169

Vorausſetzungen des Regreſſes aus Geſchäftsführung. Nicht erforderlich Kenntniß des Gläubigers von der Geſchäftsführung (S. 173).

Seite

§ 10. **Negotium domini** 173

Schwierigkeit der Abgrenzung vom negot. peculiare. 1. Bezahlung von Pekuliargläubigern (S. 175). 2. Bezahlung von Naturalschulden an den Herrn (S. 177). 3. Zahlung einer Freikaufsschuld an den Herrn (S. 178), fr. 3 pr. h. t. 4. Dotirung (S. 183). 5. Beschaffung des Lebensunterhaltes (S. 185).

§ 11. **Animus negotia gerendi** 188

Die Anschaffung gilt als Beginn der Geschäftsführung. 1. Version der angeschafften Sache oder ihres Surrogates. 2. Direkte und indirekte Version (S. 190). Anfänglicher animus negotia gerendi (S. 193). Beweis desselben. Eventuelle Versionsabsicht (S. 195).

§ 12. **Animus donandi** 196

Anfängliche Schenkungsabsicht verhindert die Entstehung der Versionsklage. fr. 7 § 1 h. t. an. don. superveniens vor Perfektion des Regresses.

§ 13. **Zustimmung des Herrn** 202

Jussus und internes Mandat S. 204. Externe und interne Ratihabition S. 206. Konkurrenz der Versionsklage mit der a. quasi institoria.

§ 14. **Utilitas negotii** 208

1. Der Herr trägt die Gefahr des neg. utiliter coeptum. Möglichkeit doppelter Haftung. 2. Unterbrechung der Gestion und Verschulden des Sklaven (S. 211). 3. Bereicherung des Herrn durch ein neg. non necessarium (S. 212). Geminderte Haftung, Abtretung von Forderungen, ius tollendi. — Traditionserwerb des Sklaven für den Herrn: a) bei direkter Version (S. 216). Wissen und Willen des Herrn? b) bei indirekter Version.

§ 15. **Inhalt der Versionsklage** 219

Doppelte Abhängigkeit: vom Forderungsrecht des Gläubigers und vom Regreß des Sklaven. — Zinsanspruch des Gläubigers S. 220. — Die Versionsklage wird nach dem Rechtsgeschäft des Sklaven benannt, obwohl sie auf seinem Regreß beruht. Unterschied von den act. quod iussu, exercitoria und institoria.

§ 16. **Endigungsgründe der Versionsklage** 224

1. Zahlung des Herrn an den Sklaven: a) remuneratorische Schenkung; b) Vorschuß S. 227. 2. Kompensation

Seite

mit Deduktionsposten, S. 229. Kein Endigungsgrund sind: 1. Ademption des Regreßanspruches (S. 233). 2. Dolose Zahlung. 3. Erlaß des Regreßanspruches. 4. Untergang des Pekulium S. 235.

§ 17. **Actio de peculio et de in rem verso. Selbstständige Versionsklage** 238

Der Gläubiger klagt zugleich de pec. et de in r. v., solange eine a. de pec. möglich ist. fr. 13 und 14 h. t. (S. 240).

Kann eine Versionsklage ohne Vorhandensein eines Pekulium entstehen? (S. 242).

I. Servus sine peculio. Aus dessen Handlungen entsteht eine cond. sine causa (S. 244). Wesentliche Verschiedenheit von Versionsklage und condictio (S. 248). Generelle condictio des § 7 J. 4, 7 (S. 251).

II. filius familias sine peculio. Er haftet seinen Gläubigern persönlich. Naturalanspruch gegen den Vater auch ohne Pekulium (S. 252). a. de in r. v. utilis der fr. 20 pr. und 21 h. t. (S. 255).

§ 18. **Historische Entwickelung der Versionsklage** 259

I. Abnorme Versionsklage des fr. 12 D. 14, 3.

II. Ueberreste einer älteren Anschauung (S. 262): 1. fr. 7 § 2 h. t. 2. fr. 60 § 7 D 19, 2 (S. 265). 3. fr. 3 § 5 h. t. 4. fr. 7 § 4 h. t. (S. 269). Resultat: Die Fälle, in denen nach späterem Rechte Pekuliarguthaben entstehen, sind nach älterem Rechte Versionsfälle (S. 272). — fr. 19 h. t. Entscheidung des Neratius. — Seit welcher Zeit gehören Naturalschulden des Herrn zum Pekulium? S. 275. Naturalschulden beim pec. legatum, S. 277. Komputation der Naturalschulden bei der a. de pec. und Wirkung auf die Versionsklage, S. 280. — Zusätze des Paulus in fr. 19 h. t. (S. 282). Uebersicht über die historische Entwickelung (S. 287): ältere Theorie: Bereicherung des Herrn (S. 289); neuere Theorie: Liberationsregreß. Das Anwendungsgebiet der Versionsklage wird dadurch 1. eingeengt, 2. erweitert (S. 291).

§ 19. **Actio de in rem verso utilis** 293

I. Möglichkeit der Versionsklage. Bei der Statuirung einer Versionsklage unter freien Personen ist zu berücksichtigen: a) das Interesse des Geschäftsherrn, b) das Interesse des Geschäftsführers und seiner Gläubiger. Bei der Versionsklage auf Grund eines Liberationsregresses sind

Seite

beide Interessen gewahrt: der Geschäftsherr darf an den Geschäftsführer mit befreiender Wirkung zahlen; den Gläubigern des Geschäftsführers wird ein Forderungsrecht entzogen, welches seinem Inhalte nach zu ihrer Befriedigung nicht dienlich ist.

II. Das Quellenmaterial (S. 298), c. 7 C. 4, 26. Erklärungen von: 1. Schloßmann, 2. Keller, 3. Mandry, 4. Baron. — c. 7 ist von einer Versionsklage zu verstehen (S. 303). Entgegenstehende Quellenzeugnisse: c. 13 C. 4, 2, c. 4 C. 2, 24. — Andere Spuren der Versionsklage (S. 307): fr. 82 D. 17, 2, fr. 27 D. 12, 1 u. a.

III. Die Erfordernisse der Versionsklage, S. 314. Nicht erforderlich: kontrahiren mit Hinweis auf das Vertretungsverhältniß. — 1. Kontrahiren auf Rechnung des Geschäftsherrn. 2. Anfängliche Geschäftsführungsabsicht. 3. animus donandi. 4. Zustimmung des Geschäftsherrn. Verhältniß der Versionsklage zur a. quasi institoria und zur direkten Stellvertretung. 5. Auftragslose Geschäftsführung. Möglichkeit der cond. sine causa. — Versionsklage im Kommissionsverhältnisse (S. 322).

IV. Umfang und Endigungsgründe der Versionsklage, S. 324. Versionsklage aus Rechtsgeschäften minderjähriger Hauskinder. Aufhebung der Versionsklage durch Zahlung an den Geschäftsführer und Kompensation mit Forderungen gegen denselben.

V. De lege ferenda, S. 329. Moderne Gesetze und Entwürfe. Bedürfniß nach einer Versionsklage: bei Unbelangbarkeit des Geschäftsführers genügt die Pfändung seines Regresses. Im Konkurse des Geschäftsführers sollte ein Aussonderungsrecht an seinem Liberationsregresse, nach Analogie von H.-G.-B. Art. 368, 2, statuirt werden.

Quellenregister 337

Berichtigungen und Zusätze.

S. 10 Z. 17 v. o. lies „anerkennt" statt „anerkannt".

S. 16 Z. 8 v. u. lies „nach" statt „noch".

S. 17 Z. 19 v. u. lies „des procurator" statt „das procurator".

S. 31 Note 27 vgl. den vom 2. Entwurfe (bei § 603 und 605) vorgeschlagenen § 19a der K.-O.: Der Mandatar soll Massegläubiger sein, wenn er in Kenntniß des Konkurses des Mandanten das Geschäft bei Gefahr im Verzuge fortsetzt; er soll Konkursgläubiger sein, wenn er das

Geschäft in Unkenntniß des Konkurses fortsetzt. Ersteres ergibt sich m. E. schon nach bestehendem Rechte, denn der Mandatar ist neg. gestor. der Konkursgläubiger. Letzteres bedarf dagegen einer gesetzlichen Bestimmung, weil die a. mand. c. zur Zeit der Konkurseröffnung noch nicht begründet ist. Allerdings ist der Mandatar genügend geschützt, wenn man ihn trotz des späteren Datums seines Anspruches zur Betheiligung am Konkurse zuläßt.

S. 35 Z. 12 v. o. lies „denn" statt „dann".

S. 45. Die Ansprüche des Vertreters, welcher fremde Sachen im Interesse des Vertretenen verwendet und sich dadurch mit einer Schuld belastet, sind bei Rümelin, Selbstkontrahiren, S. 61 fg. besprochen, aber nicht als Liberationsansprüche charakterisirt.

S. 55 Note 75. A. M. das O.-A.-G., Rostock (Seuff. Arch., Bd. 31, Nr. 174, S. 178): „ein Anspruch des Acceptanten aus dem Mandate, sowie ein solcher durch Einlösung der Wechsel begründet werden konnte, bestand (in Folge des Acceptes) noch nicht, auch kein bedingter Anspruch, sondern lediglich ein Verhältniß, in dessen weiterer Entwicklung ein mittelst der actio mandati contraria verfolgbarer Anspruch entstehen konnte". Diese Ausführung scheint mir zutreffend zu sein, was die Zeit vor erfolgtem Accept anbetrifft (vgl. S. 27 zu Note 17), dagegen unrichtig für die Zeit, nachdem der Mandatar die ihm aufgetragene Interception vorgenommen und sich dadurch belastet hat. Sein Regreß ist begründet, wenn auch noch nicht klagbar.

S. 65 Z. 7 v. u. lies Gaius III, 155 statt 135.

S. 67 Note 101. Schon Bähr, Jahrb. f. Dogm. I, S. 457 fg. hat auf den Zusammenhang zwischen der Haftung des Vertreters für seine Vollmacht und der cautio de rato hingewiesen. Gegen ihn hat sich Mitteis, Stellvertretung, S. 166 erklärt mit Berufung darauf, daß ein Zwang zur Bestellung der cautio bei Eingehung obligatorischer Verträge nicht bestand. Darauf wäre zu erwidern, daß die cautio beim Abschluß von Rechtsgeschäften allerdings nicht erzwungen wurde, aber gewiß für ebenso selbstverständlich galt wie die assidua duplae stipulatio, aus welcher die Evictionshaftung des dispositiven Rechtes erwachsen ist.

S. 88 Z. 9 v. u. lies de iure dot. 23, 3 statt 23, 5.

S. 91 Z. 7 v. u. lies de evict. 21, 2 statt 21, 1.

S. 99 Z. 9 v. u. lies com. div. 10, 3 statt 16, 3.

S. 101 Note 41. vgl. auch Bähr, Gegenentwurf, § 543.

S. 103 Z. 14 v. u. lies „Absonderungsrecht" statt „Aussonderungsrecht".

S. 155 Z. 4 v. u. lies: fr. 31 pr. de h. p. 5, 3.

S. 171 Z. 9 v. o. lies „obligandi" statt „obligendi".

S. 222 Z. 8 v. o. lies „doppeltes" statt „Doppeltes".

S. 223 Z. 15 v. o., vgl. § 4b J. qd. cum eo 4, 7.

§ 1. Der Ausgangspunkt.

An die Spitze unserer Untersuchung stellen wir die Regel, mit welcher Ulpian das Anwendungsgebiet der a. de in r. v. beschreiben, wenn auch vielleicht nicht abgrenzen, will:

> fr. 3 § 2 h. t. (15, 3): et regulariter dicimus totiens de in rem verso esse actionem, quibus casibus procurator mandati vel qui negotia gessit negotiorum gestorum haberet actionem quotiensque aliquid consumpsit servus, ut aut meliorem rem dominus habuerit aut non deteriorem.

Wenn also ein Sklave das, was er aus einem Geschäft vom Gläubiger erhalten hat, in das Vermögen seines Herrn verwendet, so haftet letzterer mit der a. de in r. v. Nun wissen wir, daß aus demselben Thatbestande noch zwei weitere Rechtsfolgen, außer der a. de in r. v., hervorgehen: einerseits die a. de peculio, denn die pekuliare Haftung erfordert keinen Zusammenhang des Geschäftes mit dem peculium[1]), entsteht also auch dann, wenn der Sklave das Geschäft nicht in seinem Interesse, sondern in dem des Herrn abgeschlossen hat; andrerseits ein naturaler Anspruch des Sklaven gegen den Herrn, welcher bei der a. de pec. dem peculium zugezählt wird (fr. 7 § 6 de pec. 15, 1: sed et id quod dominus sibi debet in peculium habebit, si forte in domini rationem impendit). Derselbe Schuldposten des Herrn (Ersatz der Verwendungen) scheint daher unter zwei verschiedenen Gesichtspunkten gegen ihn eingeklagt werden zu können: als in rem versum und als Bestandtheil des peculium. Wie erklärt sich dies Nebeneinanderstehen zweier Aktionen, die beide denselben Anspruch geltend zu machen scheinen? Ist nicht die a. de in r. v.

[1]) Mandry, Das gemeine Familienrecht, II S. 134.

überflüssig, da die Naturalverpflichtung des Herrn schon bei Berechnung des peculium in Betracht kommt?

Diese Frage wird von Ulpian im Anfange seines Kommentars aufgeworfen

fr. 1 § 1 h. t.: nec videtur frustra de in rem verso actio promissa, quasi sufficeret de peculio

und durch Hinweis auf zwei Thatsachen beantwortet:

1. die a. de in r. v. überdauert die a. de pec. (fr. 1 § 1 h. t.)

2. mit der a. de in r. v. erlangt der Kläger mehr als mit der a. de pec. fr. 1 § 2 eod:

item si plures agant de peculio, proficere hoc ei, cuius pecunia in rem versa est, debet, ut ipse uberiorem actionem habeat.

Eine Erklärung dieser zweiten Thatsache wird nicht gegeben; sie kann nur darin gefunden werden, daß der aus der Verwendung entstandene Naturalanspruch des Sklaven nicht zum peculium zugezählt wird. Dasselbe Resultat ergibt sich aus dem pr. des fr. 1 h. t.:

si hi qui in potestate aliena sunt nihil in peculio habent, vel habeant, non in solidum tamen, tenentur qui eos habent in potestate, si in rem eorum quod acceptum est conversum sit.

Auch hier ist offenbar bei Abschätzung des peculium der Verwendungsanspruch des Sklaven nicht in Ansatz gebracht, sonst könnte es nicht heißen: nihil in peculio habet. Wie ist dies Resultat mit dem in fr. 7 § 6 de pec. 15, 1 aufgestellten Princip zu vereinigen?

Diese Frage scheint uns der Prüfstein für jede Theorie der a. de in r. v. zu sein. Wenn es uns gelingt, den scheinbaren Widerspruch der Quellen besser als bisher zu lösen, so glauben wir damit zugleich den Weg zu einem richtigeren Verständniß der a. de in r. v. und ihrer Uebertragung auf den Verkehr zwischen personae sui iuris gefunden zu haben.

Um den Gang unserer Untersuchung zu vereinfachen, wollen wir vorerst von den Fällen absehen, in welchen der Versionsanspruch die a. de pec. überdauert. Aus demselben Grunde wol-

len wir die höchst controverse Frage, ob die a. de in r. v. als „selbständige" Klage (d. h. ohne daß bei Abschluß des Geschäftes ein peculium existirt) entstehen kann, vorläufig bei Seite lassen und uns auf den normalen Fall beschränken: der Sklave[2]) hat ein Pekulium und vertirt in das Vermögen des Herrn; der Gläubiger klagt dumtaxat de peculio vel si quid in rem domini versum est. Warum nicht blos: de peculio?

§ 2. Die bisherigen Ansichten.

Bekanntlich besteht über das Grundprincip der a. de in r. v. keine Einigkeit. Man kann in der Literatur dieser Frage zwei Richtungen unterscheiden: die eine stützt sich auf fr. 3 § 2 h. t. und sieht den Grund der Versionsklage in dem Rechtsverhältniß, welches aus der Geschäftsführung des Sklaven zwischen diesem und dem Herrn entsteht: wir wollen daher diese Ansicht mit dem Namen Regreßtheorie bezeichnen. Die Gegner dieser Theorie wollen die a. de in r. v. nicht aus dem Naturalanspruch des Sklaven, sondern direkt aus dem Vermögenszuwachs erklären, der dem Herrn auf Kosten des dritten Kontrahenten zufällt. Diese zweite Konstruktion nennen wir die Bereicherungstheorie.

Wir haben zu untersuchen, wie diese beiden Theorien sich mit der von uns in § 1 aufgeworfenen Frage auseinandersetzen. Es liegt auf der Hand, daß die Vertreter der Regreßtheorie weit mehr Veranlassung haben, auf diese Frage einzugehen, als die Anhänger der Bereicherungstheorie, die einen nothwendigen Zusammenhang zwischen Naturalanspruch des Pekulium und Version leugnen[1]).

---

[2]) Wenn wir vom „Sklaven" sprachen, so werden wir dabei den filius familias subintelligiren, soweit sich nicht aus dessen civiler Verpflichtungsfähigkeit eine Verschiedenheit der Rechtslage ergibt.

[1]) In der älteren Literatur bis 1822 (Keller und G. K. Seuffert) ist die uns hier interessirende Frage meines Wissens nirgends besprochen worden. Ich glaube daher von einer Aufzählung der Schriften über In rem versio absehen zu dürfen und verweise auf die Citate bei Mandry, Familiengüterrecht, Bd. II, S. 454. Aus neuester Zeit ist hier noch der Vollständigkeit halber ein bei Dernburg, Pandekten, Bd. II, § 14 Note 17 citirter Aufsatz zu nennen: Mori, dell' actio de in rem

Die Bereicherungstheorie wird am eingehendsten verfochten von Mandry[2]). Seine Lehre beruht auf der Unterscheidung zwischen direkter Version (Uebergang des Werthes unmittelbar aus dem Vermögen des dritten Kontrahenten in das patrimonium domini) und indirekter Version (Uebergang des Werthes erst in das Pekulium und sodann aus diesem in das patrimonium). Dementsprechend finden sich bei Mandry zwei verschiedene Antworten auf unsere Frage:

1. bei direkter Version soll ein Naturalanspruch des Sklaven gegen den Herrn nicht möglich sein, da, wie Mandry S. 499 beiläufig erklärt, „richtiger Ansicht nach Forderungsrechte des Hauskindes gegen den Hausvater nur als Pekuliarforderungen denkbar sind, als solche aber nur bei Existenz eines Pekulium und versio ex peculio zur Entstehung kommen können". Diesen Satz halten wir für irrig: ob eine Naturalforderung des Haussohnes gegen den Vater ein Pekulium voraussetzt, wollen wir hier dahingestellt sein lassen, dagegen behaupten wir, daß bei Vorhandensein eines solchen ein Pekuliarguthaben des Sohnes bei indirekter so gut als bei direkter Version entsteht. Mandry verweist zur Begründung obigen Ausspruches auf Band I S. 159: „nur solche Forderungen, die in Zusammenhang mit dem vorhandenen Pekulium stehen — die sich aus solchem entwickelt haben — können der gewaltunterworfenen Person gegen den Gewalthaber zustehen".

Wir wollen die Richtigkeit dieses Satzes hier noch nicht untersuchen, wir glauben aber, daß sich aus ihm keineswegs das ergibt, was Mandry folgert: daß nämlich bei direkter Version ein Pekuliarguthaben des Sklaven nicht entstehen könne. Diesem Satz widerspricht schon das, was Mandry selbst in anderem Zu-

---

verso nel diritto romano ed italiano, in Annuario critico de giurisprudenza pratica, Bd. III, S. 349—396 (Firenze 1891). Diese mit italienischer Breite geschriebene und mit ungewöhnlicher Citatenfülle überladene Arbeit enthält für das römische Recht eine eklektische Wiedergabe fremder Meinungen und berührt unsere Frage nicht.

[2]) Das gemeine Familiengüterrecht, 2 Bände, 1871—76. Die Seitenzahlen unserer Citate beziehen sich auf den zweiten Band, in welchem auf S. 454—543 die a. de. in r. v. besprochen ist.

sammenhang über die Bedeutung von „peculiaris causa“ sagt: objektiver Zusammenhang des vom Sklaven eingegangenen Geschäftes mit dem peculium liegt nicht blos dann vor, wenn mit Pekuliargeld Sachen gekauft werden, „sondern schon dann, wenn der Pekuliarinhaber im Zusammenhang mit der Erwerbung eine Schuld übernimmt, deren Zahlung mit dem Pekulium oder zu Lasten des Pekulium erzwungen werden kann“ (Bd. II S. 120). Daß aber die a. de pec. auch dann entsteht, wenn der Sklave die vom Mitkontrahenten geleistete Sache in das Vermögen des Herrn bringt, wird von Mandry selbst zugegeben (s. oben S. 1 zu Note 1).

Eine weitere Begründung des von uns angefochtenen Satzes wird von Mandry nicht für nöthig gehalten; uns scheint er aber höchst beweisbedürftig zu sein. Man braucht nur an den Fall zu denken, daß der Sklave die Sache, die er direkt d. h. ohne Durchgang durch das Pekulium für den Herrn angeschafft hat, mit Pekuliargeld bezahlt. Hier wird doch Niemand daran zweifeln, daß ein der a. negotiorum gestorum contraria inhaltlich entsprechendes Pekuliarguthaben entstanden ist, obwohl die angeschaffte Sache selbst sich keinen Augenblick im Pekulium befunden hat. Warum soll ein Pekuliarguthaben nicht vorhanden sein, wenn der Sklave die Sache, statt baar, auf Kredit kauft, sein Pekulium im Interesse des Herrn nicht vermindert, sondern belastet? Die a. neg. gest. contr. würde doch auch in diesem Fall einem freien Geschäftsführer zustehen, wenn auch mit anderem Inhalt als bei Baarkauf, das Pekuliarguthaben ist aber gemäß fr. 49 § 2 de pec. 15, 1[3]) ex civili causa zu bemessen. Schon diese Erwägung muß u. E. zur Widerlegung der Ansicht Mandry's genügen. Zum Ueberfluß verweisen wir auf fr. 7 § 1 h. t.: plane si mutuum servus accepit et donandi animo solvit, dum non vult eum debitorem facere peculiarem, de in rem verso actio est. In dieser Stelle findet Mandry (S. 502) mit Recht einen Fall direkter Version, und doch ist der Herr nur deswegen nicht debitor peculiaris ge-

[3]) Pomponius: ut debitor vel servus domino vel dominus servo intellegatur, ex causa civili computandum est.

worden, weil der Sklave ihn beschenken will; ohne diesen animus donandi, also im normalen Fall der Version, entsteht zugleich mit der Versionsklage des Gläubigers eine Naturalforderung des Sklaven gegen den Herrn[4]). Wie sich diese beiden Ansprüche zu einander verhalten, hat Mandry nicht untersucht, weil er den zweiten, wie wir glauben, zu Unrecht leugnet.

2. Um so größer ist die Bedeutung, welche Mandry (S. 522f.) bei indirekter Version dem Naturalanspruch des Sklaven beilegt. Durch diese obligatio naturalis wird in diesem Falle die actio de in rem verso in folgendem Gedankengange vermittelt: die versio ex peculio in patrimonium erzeugt Verpflichtungen des Gewalthabers gegen den Pekuliarinhaber, es geschieht daher ersterem kein Unrecht, wenn er auch den Gläubigern des Pekuliarinhabers gegenüber haftbar wird (S. 527). Die Konsequenz aus diesem Prinzip zwingt Mandry die actio de in rem verso auch dann zu gestatten, „wenn in anderer Weise als durch gestio ein Werth ex peculio in patrimonium gekommen und der Gewalthaber ex causa civili zur Restitution oder zum Wertherſatz an den Pekuliarinhaber verpflichtet ist" (S. 528). Daraus würde sich z. B. ergeben, daß, wenn der Sklave die für das Pekulium angeschaffte Sache an seinen Herrn weiterverkauft, der dritte Kontrahent die actio de in rem verso anstellen könnte. Es ergibt sich ferner, wie Mandry (S. 529) im Anschluß an die Schlußworte des fr. 19 h. t. ausführt, daß die actio de peculio, weil sie auch den Werth der Pekuliarforderungen zur Aestimation bringt, zum selben Erfolg wie die actio de in rem verso führt. Unerklärt bleibt Angesichts der letzteren Behauptung, was die römischen Juristen bewogen haben mag, die Versionsklage auf die Fülle der versio ex peculio auszudehnen (S. 526), in denen doch die actio de peculio ausreichte, und damit die „Oekonomie der actio de peculio" (S. 524) auf's Empfindlichste zu stören. Unerklärt bleibt namentlich das in fr. 1 § 2 h. t. dem Versionsgläubiger vor den Pekuliargläubigern gewährte Vorzugsrecht.

[4]) So auch Ruhstrat, Jahrbücher für Dogmatik, Bd. XV, S. 278: „Zu bemerken ist noch, daß wenn ein servus (oder filius) rem domini gerens in der Weise kontrahirt, daß der Erwerb nicht in das pecu-

Nach Löwenfeld's[5]) Ansicht haben die Römer zwei gänzlich von einander verschiedene actiones de in rem verso gekannt: Die „unselbstständige" und „selbstständige". Regelmäßig entsteht aus der Verwendung für den Vertenten eine Naturalforderung; dieselbe wird als pars peculii durch die actio de peculio deque in rem verso, d. h. durch die unselbstständige Versionsklage zur Geltung gebracht. Wenn dagegen aus der Verwendung keine Naturalforderung hervorgeht, weil z. B. der Sklave in Schenkungsabsicht gehandelt hat, oder wenn die Naturalforderung durch Untergang des Pekulium erloschen ist, so erscheint die actio de in rem verso als selbstständige Klage. Mit der Betrachtung dieses zweiten, uns hier nicht interessirenden, Falles beschäftigt sich Löwenfeld fast ausschließlich; nirgends spricht er sich darüber aus, weshalb denn im normalen Fall der Version bei Vorhandensein einer Naturalforderung eine besondere Versionsklausel nöthig gewesen sei. Aus dem, was Löwenfeld S. 31 über die anfängliche Unzulässigkeit der Versionsklage bei versio ex peculio sagt, möchte man fast vermuthen, daß er die Zurechnung der Naturalforderungen zum Pekulium nur vermittelst der Versionsklausel für möglich hält, während diese Naturalforderungen doch nach dem klaren Sinn von fr. 7 § 6 de pec. 15, 1 (sed et id quod dominus sibi debet in peculium habebit) einen integrirenden und begriffsmäßigen Bestandtheil des Pekulium bilden.

Gänzlich unergiebig für unsere Frage sind die Ansichten von Leist[6]) und Brinz[7]). Leist sucht bekanntlich die actio de in rem verso auf die Grundsätze der Impensenlehre zurückzuführen; zu diesem Zwecke stellt er das Verhältniß des dritten Kontrahenten zum dominus in den Vordergrund; daß letzterer auch dem Sklaven

lium, sondern sofort in des Gewalthabers Vermögen übergeht, ebenfalls die gegenseitige obligatio neg. gestorum eintritt".

[5]) Die selbständige actio de in rem verso, Inauguraldissertation, München 1873.

[6]) Das erlaubte ungerufene Eingreifen in fremde Vermögensangelegenheiten (Zweites Heft der „Civilistischen Studien") 1855, S. 61 bis 102.

[7]) Pandekten, 2. Aufl., Bd. II § 259, S. 218 f. und Kritische Blätter, II S. 15 f. (1852.)

gegenüber naturaliter obligirt sein kann, wird gänzlich unbeachtet gelassen. Nach Brinz hat die actio de in rem verso zur Voraussetzung, daß der Sklave im Abschluß des Vertrages oder spätestens in der Verwendung der erhaltenen Werthe ein Geschäft des Herrn führt. Darum hat der Gläubiger die actio de in rem verso regelmäßig (aber nicht nur[8]) dann, wenn der Sklave, falls er frei wäre, die actio mandati resp. negotiorum gestorum hätte. Der Gläubiger klagt „gewissermaßen anstatt des Kindes". Das klingt so, als ob das Hauskind aus der Verwendung nicht nur keine Klage, sondern auch keinen Naturalanspruch gegen den Vater hätte.

Dieses völlige Uebersehen des aus der Version entstehenden Naturalanspruchs findet sich merkwürdiger Weise auch bei einigen Anhängern der Regreßtheorie, welche doch die actio de in rem verso aus dem Rechtsverhältniß zwischen dem Herrn und dem vertirenden Sklaven erklären wollen. So unter den Neueren namentlich bei Witte[9]). Für ihn beruht die actio de in rem verso auf einer doppelten Fiktion: „es wurde einmal fingirt, der Sklave sei zur Zeit der Geschäftsbesorgung ein freier Mann und somit fähig gewesen, gegen den dominus einen Anspruch zu erwerben, und ferner, er habe die erworbene Klage auf seinen Kontrahenten übertragen" (S. 258). Ohne diese Hülfe, meint Witte (S. 257) könnte der dritte Kontrahent bei anderweiter Erschöpfung des Pekulium zu kurz kommen, wenn der von ihm geleistete Gegenstand entweder sofort in das patrimonium oder aus dem Pekulium in das patrimonium gelangte, ohne daß ein Aequivalent an die Stelle trat. Das ist ganz richtig, aber Witte übersieht, daß bei Geschäftsführung des Sklaven ein solches Aequivalent stets in Gestalt des Naturalanspruchs als pars peculii vorhanden ist,

[8]) Sondern auch dann, wenn der Sklave animo donandi ein Geschäft seines Herrn führt, Pandekten a. a. O. S. 220, Note 19.

[9]) Die Bereicherungsklagen des gemeinen Rechts (1859) S. 254 f. Dieselbe Ansicht wie bei Witte findet sich in kurzen Worten bei Savigny, Obligationenrecht, II S. 32 und Arndts, Pandekten, 2. Aufl. § 248, Note 3 „die a. de in rem verso ist als ein Surrogat für die (fehlende) a. negotiorum gestorum contraria des Sklaven anzusehen". Dasselbe ist von Kritz, Pandektenrecht, Bd. I (1835), S. 429 f. zu sagen, der die Naturalobligation des Sklaven mit keinem Worte erwähnt.

und daß es zur Entstehung eines Verwendungsanspruches des Sklaven der ersten Fiktion gar nicht bedarf.

Voll gewürdigt aber u. E. unrichtig aufgefaßt ist das Verhältniß der Naturalobligation zur actio de in rem verso bei Windscheid[10]): „wenn der Gewaltunterworfene ein Pekulium hat und die actio de peculio noch begründet ist, so ist die actio de in rem verso überflüssig, indem die natürliche Verbindlichkeit, welche für den Gewalthaber aus der zu seinen Gunsten gemachten Verwenwendung entstanden ist, bei der Berechnung des Pekulium mit in Anschlag gebracht wird (l. 1 § 2 l. 19 D. h. t.). In der actio de in rem verso wird nun die natürliche Verbindlichkeit des Gewalthabers aus der Verwendung auch für den Fall zur Geltung gebracht, wo die actio de peculio entweder nie begründet gewesen ist oder begründet zu sein aufgehört hat". In diesen Worten findet sich eine klare Antwort auf die von uns in § 1 gestellte Frage; auch läßt sich nicht läugnen, daß Windscheid's Ansicht von der Ueberflüssigkeit der Versionsklage bei bestehendem Pekulium in den letzten Worten des fr. 19 cit. (quae tamen adiectio sc. de eo quod in rem versum est tunc necessaria est, cum annus post mortem filii excessit) eine nicht zu verachtende Stütze hat. Jedoch ergibt sich aus einer großen Anzahl von Quellenstellen und vor Allem aus dem von Windscheid selbst citirten fr. 1 § 2 h. t., daß die actio de in rem verso bei Vorhandensein eines Pekulium nicht nur statthaft ist, sondern sogar vor der gleichzeitig angestellten actio de peculio einen wichtigen materiellen Vorzug genießt. Damit scheint uns die Ueberflüssigkeit der actio de in rem verso bei bestehendem Pekulium widerlegt zu sein[11]). Ein zweiter Einwand gegen Windscheid's Theorie ist bereits von anderer Seite erhoben worden[12]).

---

[10]) Pandekten, Bd. II § 483, Note 2.

[11]) Windscheid selbst scheint an seiner Ansicht nicht streng festzuhalten. Er bemerkt in seinen Pandekten § 373 Note 15: „Uebrigens konnte auch mit der a. de peculio als solcher das in rem versum eingefordert werden, vgl. z. B. l. 19 D. de in r. v. 15, 3".

[12]) Löwenfeld a. a. O. S. 8 und Baron, Die adjecticischen Klagen, S. 39, bemerken in Windscheid's Pandekten folgenden Wider-

Nach G. K. Seuffert[13]) bildet die aus der Geschäftsführung hervorgehende Naturalforderung einen Theil des Pekulium und dient zur Befriedigung sämmtlicher Pekuliargläubiger nach dem bei der actio de peculio geltenden Prinzip der Prävention (S. 6). Der vertirende Gläubiger hat unter dem Namen der actio de in rem verso eine Pekuliarklage, die nach zwei Richtungen privilegirt ist: durch ihre Perpetuität und durch ein Vorzugsrecht vor gleichzeitig auftretenden Pekuliargläubigern (S. 36). Der schwache Punkt dieser Meinung liegt u. E. gerade in der Erklärung dieses von Windscheid ganz übersehenen Vorzugsrechtes, auf das wir bei der Interpretation des entscheidenden fr. 1 § 2 h. t. zurückkommen werden (in § 7).

Ganz unhaltbar ist die von Scheuer[14]) aufgestellte Ansicht: „es ist keinem Zweifel unterworfen, daß die Pekuliarklage vollständig ausreicht, wenn der Fall einer Version so plan liegt wie in fr. 19 h. t., oder wenn der Vater ohne Weiteres anerkannt, daß er hierfür noch ein Guthaben an das Pekulium abzuführen habe; . . . wenn aber der Vater das Bestehen einer Versionsschuld nicht anerkannt, dann hat eben der Gläubiger gerade jene Voraussetzungen zu erweisen, auf denen speziell die a. de in rem verso beruht; dann wird ihm die hierauf gerichtete adiectio nothwendig" (S. 12). Wenn Scheuer den Unterschied der a. de in rem verso von der a. de peculio in der Beweispflicht des Gläubigers findet, so läßt sich a. contrario annehmen, daß er bei der Pekuliarklage die umgekehrte Vertheilung der Beweislast voraussetzt: demnach hätte der Gläubiger die Größe des Pekulium, d. h. die Zugehörigkeit der einzelnen Bestandtheile, mit Ausnahme der Naturalforderungen, zum Pe-

spruch: in § 289 Note 27 und § 519 Note 8 wird gelehrt, daß eine natürliche Verbindlichkeit des Vaters gegenüber dem Sohn nur als Bestandtheil des Pekulium existiren könne; in § 483 Note 2 dagegen ist die Rede von einer solchen natürlichen Verbindlichkeit in dem Falle, wo die a de pec. nie begründet gewesen ist, d. h. ein Pekulium nie existirt hat. Windscheid hat sich nicht veranlaßt gesehen, seine Darstellung zu modificiren.

[13]) Dissert. inaugur. de eo quod iustum est circa de in rem verso actionem, Würzburg 1822.

[14]) Die actio de in rem verso. Inaugural-Abhandlung, München 1866.

kulium und deren Werth nicht zu beweisen. Dieselbe Ansicht findet sich, beiläufig ausgesprochen, bei Pernice[15]): „stand die Konzession des Pekulium fest, so lag dem Herrn selbstverständlich der Beweis des derzeitigen Betrages ob". A priori hat diese Meinung die Wahrscheinlichkeit für sich, da ja der Herr am besten in der Lage ist, über den Umfang des Pekulium Auskunft zu geben. Doch wird sie direkt wiederlegt durch Gaius IV, 74 (sed nemo tam stultus erit, ut [sc. de peculio agendo] in difficultatem se deducat probandi, habere peculium eum, cum quo contraxerit, exque eo peculio posse sibi satis fieri) und § 5 J. quod cum eo 4, 7. Somit hat der Gläubiger das Vorhandensein sämmtlicher Bestandtheile des Pekulium zu beweisen, und wenn er behauptet, daß zum Pekulium außer der corpora peculiaria auch noch Naturalforderungen gehören, so braucht er deswegen keine andere Klage, als die a. de peculio, anzustellen.

An den Schluß unserer Uebersicht über die Literatur stellen wir die sehr beachtenswerthe Ansicht von Keller[16]), Ruhstrat[17]), und Baron[18]), welche alle drei, trotz verschiedener Auffassung der a. de in rem verso, für unsere Frage mit geringen Abweichungen im Wesentlichen übereinstimmen: die a. de in rem verso neben der a. de peculio soll sich daraus erklären, daß die Existenz des aus der Verwendung hervorgehenden Pekuliarguthabens des Sklaven vom freien Willen des Herrn abhängt; will er das Pekuliarguthaben gelten lassen, so genügt die a. de peculio, will er es nicht, so ist er der a. de in rem verso ausgesetzt. So erkläre sich das uns in fr. 1 § 2 h. t. überlieferte Vorzugsrecht desjenigen Pekuliargläubigers, aus dessen Vermögen vertirt worden ist, vor den übrigen. Im Einzelnen behauptet Keller (S. 33), daß die

[15]) Labeo, Bd. I, S. 127 unten.

[16]) Commentatio ad l. 32 de peculio, Göttingen 1822.

[17]) Jahrbücher für Dogmatik, Bd. XV, S. 259 f. (1877) und Bd. XIX, S. 416 f. (1881).

[18]) Abhandlungen aus dem römischen Civilproceß, Bd. II: die adjecticischen Klagen, 1882. Obwohl Baron die Versionsklage auf einen Naturalanspruch des Sklaven gründet, erklärt er sie dennoch S. 34 für eine Bereicherungsklage, „wenngleich nicht geleugnet werden darf, daß sie diesen Charakter nicht in allen Fällen streng bewahrt".

Naturalobligation des Herrn zwar ohne seinen Willen entstehen, aber nur durch seinen Willen zum Bestandtheil des Pekulium werden kann; hat der Herr diese Zurechnung vorgenommen, so dient der Naturalanspruch zur Befriedigung eines jeden Pekuliargläubigers, hat er sie unterlassen, so kann nur der vertirende Gläubiger mit Hülfe der a. de in rem verso sich an dieses naturale Guthaben halten. Dabei ist fr. 1 § 2 h. t. nicht berücksichtigt. Etwas abweichend ist die Ansicht von Ruhstrat (XV S. 274 fg.): „die naturale Pflicht des Gewalthabers, den Untergebenen zu liberiren oder zu entschädigen, tritt dem Pekulium hinzu . . . aber es hängt ganz von dem freien Willen des Gewalthabers ab, ob er Pekuliarschuldner bleiben will"; und zwar kann der Gewalthaber diese Bestimmung noch bei Feststellung des Pekulium durch den Richter treffen (S. 276). Will der Herr seine Naturalverpflichtung dem Pekulium entziehen, so bildet sie die Grundlage der a. de in rem verso. Dieselbe Ausscheidung der Naturalobligation kann der vertirende Gläubiger durchsetzen, wenn er gleichzeitig mit bloßen Pekuliargläubigern klagt. Wesentlich dieselbe auf den Willen des Herrn abstellende Lösung gibt Baron (S. 7); nur daß er die Entstehung einer Naturalobligation und damit der a. de in rem verso in Abrede stellt, wenn zur Zeit des Vertragsschlusses kein Pekulium existirt. Die Anhänger dieser „Willenstheorie"[19]) berufen sich vor Allem auf

fr. 7 § 6 de pec. 15, 1: sed et id quod dominus sibi debet in peculium habebit, si forte in domini rationem impendit et dominus ei debitor manere voluit aut si debitorem eius dominus convenit; quare si forte ex servi emptione evictionis nomine duplum dominus exegit, in peculium servi erit conversum, nisi forte dominus eo proposito fuit, ut nollet hoc esse in peculium servi

[19]) Zu ihnen gehört auch D. Grimm, Beiträge zur Lehre von der Bereicherung, drittes Heft: Die Lehre des römischen Rechtes von der Haftung für versio in rem, Petersburg 1893, (russisch), auf Seite 55. Diese überaus gründliche, namentlich die geschichtliche Entwicklung der in rem versio berücksichtigende Schrift ist mir bei Ausarbeitung meines Buchs bekannt geworden.

daneben auch auf fr. 23 § 1 de pec. leg. 33, 8 und § 20 J. de leg. 2, 20. Diese beiden Stellen handeln aber vom Umfang des Pekulium, sofern dieses als Gegenstand eines Vermächtnisses und nicht als Befriedigungsmittel der Pekuliargläubiger in Betracht kommt; sie sind daher, wie wir weiter unten (§ 18) sehen werden, für unsere Frage nicht entscheidend. Was nun fr. 7 § 6 cit. anbetrifft, so spricht die Stelle deutlich gegen Keller: ist der Herr einmal Naturalschuldner seines Sklaven geworden, so hängt von seinem Willen nicht mehr ab, ob er Schuldner des Pekulium sein, sondern nur, wie lange er es bleiben will. Bei der Entstehung der Naturalverpflichtung hat aber der Wille des Herrn je nach Umständen eine verschiedene Bedeutung: handelt es sich um einen Kontrakt z. B. ein Darlehn, so ist zu untersuchen, ob der Herr wirklich den animus mutui accipiendi hatte und nicht vielmehr die betreffende Geldsumme aus dem Pekulium adimiren wollte. Ebenso kann, wenn der Herr, äußerlich betrachtet, ein Geschäft des Sklaven führt, z B. eine Pekuliarforderung einzieht, dabei eine Ademptionshandlung beabsichtigt sein und deshalb eine obligatio neg. gest. dir. naturalis überhaupt nicht zur Entstehung kommen. Wenn dagegen der Sklave ein Geschäft des Herrn führt (si forte servus in rationem domini impendit), so wird der Herr nach allgemeinen Grundsätzen ohne seine Wissen und seinen Willen obligirt, und es kann sich nur noch fragen, ob dies einmal entstandene Pekuliarguthaben nicht durch den Willen des Herrn später aufgehoben ist. Darum heißt es auch in unserer Stelle ganz präcis: si dominus ei debitor manere voluit. Es bleibt zu untersuchen, unter welchen Voraussetzungen der Herr die Fähigkeit hat, sich durch seinen bloßen Willen von seiner Verbindlichkeit gegen das Pekulium zu befreien. Ruhstrat und Baron nehmen an, daß der Herr beliebig aufhören kann, Pekuliarschuldner zu sein, selbst wenn er damit die Insolvenz des Pekulium herbeiführt: dabei wird offenbar vorausgesetzt, daß hierin kein Fall der durch die clausula doli verbotenen ademptio sive minutio peculii liegt, sondern daß die clausula doli nur dann zur Geltung kommt, wenn der Herr in anderer Weise (als durch Streichung eines Pekuliarguthabens), also namentlich durch Einziehung eines corpus peculiare

das Pekulium zu Schaden der Gläubiger mindert. Eine solche Einschränkung des Ademptionsbegriffes ist aus den wenigen auf die Ademption bezüglichen Quellenzeugnissen[20]) jedenfalls nicht zu erweisen. Dagegen spricht die innere Wahrscheinlichkeit; denn das Pekuliarguthaben steht auf einer Linie mit den übrigen Pekuliarbestandtheilen, corpora und nomina peculiaria (d. h. zum Pekulium gehörenden Forderungen des Herrn gegen dritte Personen). Warum soll eine pars peculii ganz von der Willkür des Herrn abhängen, während er in Bezug auf den übrigen Bestand des Pekuliums Rücksicht auf die Gläubiger nehmen muß? Bei Mandry findet sich da, wo die Ademption ex professo behandelt wird (II S. 401 fg.), keine Erwähnung des Pekuliarguthabens, doch wird an anderem Orte (II S. 161) die Streichung des Pekuliarguthabens durch den Herrn als „Ademptionsentschluß" bezeichnet, woraus man folgern darf, daß eine solche Handlung nur unter den gewöhnlichen Voraussetzungen der Ademption wirksam sein soll. Für uns sind folgende Erwägungen maßgebend: nach der von uns hier bekämpften Lehre ist nur der vertirende Gläubiger durch die a. de in rem verso gegen willkürliche Aufhebung des Pekuliarguthabens geschützt, weil dieses Guthaben auf Kosten seines Vermögens im Pekulium entstanden sei. Der bloße Pekuliargläubiger soll nach Ruhstrat sich nicht beklagen können, wenn der nicht durch seine Mittel begründete Naturalanspruch ihm durch den Willen des Herrn entzogen wird[21]). Aber ist denn

---

[20]) fr. 9 § 4 fr. 21 pr. § 2 fr. 26 de pec. 15, 1 fr. 1. pr. quando de pec. a. 15, 2 fr. 19 h. t. 15. 3.

[21]) Neben der a. de in rem verso des vertirenden Gläubigers kennt Ruhstrat (S. 274 u. 275) auch noch eine Versionsklage, die jedem Pekuliargläubiger zusteht, weil mit ihr ein aus den Mitteln des Pekulium begründeter und vom Herrn dem Pekulium entzogener Naturalanspruch geltend gemacht wird. „Es muß daher auch jedem Gläubiger die nach fr. 5 § 3 h. t. zulässige a. de in rem verso zustehen". Dieser Satz läßt sich weder aus fr. 5 § 3 cit., noch aus den übrigen Quellenzeugnissen über die sog. indirekte Version begründen. Auch steht Ruhstrat mit der Annahme einer jedem Pekuliargläubiger zustehenden a. de in rem verso, auf die er auch selbst nicht näher eingeht, ganz vereinzelt da. Offenbar sucht Ruhstrat auf diese Weise der Konsequenz seiner Ansicht, daß der Herr

der übrige Bestand des Pekulium (corpora und nomina peculiaria) aus den Mitteln des Gläubigers begründet? und doch hielt es der Prätor für angemessen, die auf Schädigung des Gläubigers abzielende Minderung desselben zu verbieten! Nach Baron konnte der Prätor die Abhängigkeit des Pekuliarguthabens vom Willen des Herrn nicht einschränken, weil er erwägen mußte, daß Existenz und Umfang des Pekulium völlig der Willkür des Gewalthabers anheim gegeben ist. Aber in Bezug auf corpora und nomina peculiaria sind doch dieser Willkür durch die clausula doli Grenzen gezogen, und es liegt, wie schon gesagt, kein Grund vor, das Pekuliarguthaben abweichenden Regeln zu unterwerfen[22]). Wäre dagegen die Aufhebung des Pekuliarguthabens unbeschränkt zulässig gewesen, so hätte der Herr einen bequemen Umweg gehabt, um die Benachtheiligung der Gläubiger trotz der clausula doli ungestraft in's Werk zu setzen. Darum glauben wir, daß die Existenz eines Pekuliarguthabens in keinem höheren Grade vom Willen des Herrn abhing, als die Pekuliareigenschaft irgend eines anderen Werthes oder das Fortbestehen des Pekulium selbst. Die a. de in rem verso kann daher auch nicht den Zweck gehabt haben, gegen willkürliche Aufhebung eines Pekuliarguthabens einem Pekuliargläubiger einen exceptionellen Schutz zu gewähren. Wir müssen uns nach einem anderen Erklärungsversuch umsehen.

---

beliebig aufhören kann Pekuliarschuldner zu sein, aus dem Wege zu gehen Aber dabei geht Ruhstrat u. E. viel zu weit: mit Hülfe der allgemeinen a. de in rem verso könnte ja ein Pekuliargläubiger, nachdem das Pekulium selbst untergegangen und post annum utilem auch die Pekuliarklage erloschen ist, jederzeit auf eine Naturalverpflichtung des Herrn zurückgreifen, welche einmal zum Pekulium gehört hatte und noch bei Existenz desselben durch den Willen des Herrn dem Pekulium entzogen worden war. Hätte dagegen der Herr seine Naturalobligation im Bestand des Pekulium belassen, so wäre sie post annum utilem mit allen übrigen Stücken des ehemaligen Pekulium dem Zugriff der ehemaligen Pekuliargläubiger endgültig entzogen.

[22]) Gegen Baron auch Perschke in seiner Recension in Grünhuts Zeitschrift, Bd. IX, S. 637: „Eine Naturalobligation liegt gerade darum vor, weil das Erhaltene auch wider den Willen des Herrn in's Pekulium eingerechnet wird, und die Frage ist eben, warum trotz dieser Einrechnung noch die Hervorhebung der versio nöthig wird".

§ 3. Versionsklage und Geschäftsführung des Sklaven.

Wir kehren zu unserem Ausgangspunkt, fr. 3 § 2 h. t., zurück, in welcher Stelle wir in Uebereinstimmung mit den Anhängern der Regreßtheorie den Grundgedanken der actio de in rem verso von Ulpian ausgesprochen finden. Hier begegnen wir sofort einem von Mandry (S. 477) gegen unsere Auffassung der Versionsklage erhobenen Einwand: „Ulpian selbst geht im zweiten Theil seines Ausspruches (quotiensque aliquid consumpsit servus ut aut meliorem rem dominus habuerit aut non deteriorem) davon aus, daß mindestens neben der Parallele mit der actio mandati und negotiorum gestio noch ein anderer Gesichtspunkt und zwar der der definitiven Vermögensvermehrung in Betracht komme". In der That darf man diesen Zusatz Ulpian's nicht ignoriren, wie das z. B. bei Witte (a. a. O. S. 258) geschieht. Aber man ist u. E. nicht genöthigt, sich zur Mandry'schen Interpretation unserer Stelle zu bekennen. Wir werden vielmehr im weiteren Verlauf unserer Untersuchung Fälle kennen lernen, in welchem die Versionsklage, obwohl sie aus einem Naturalanspruch des Sklaven entsteht, dennoch ausnahmsweise durch die Aufhebung oder Vereitelung dieser Naturobligation nicht beeinträchtigt wird. Mit Rücksicht auf diese Möglichkeiten hat Ulpian m. E. den fraglichen Zusatz in seine Regel aufgenommen[1]). Immerhin liegt der

[1]) Eine andere Erklärung des Zusatzes gibt Ruhstrat (Jahrb. f. Dogm., Bd. XV, S. 286 und XIX, S. 438); der Zusatz soll nicht eine Ausdehnung, sondern eine Einschränkung des Thatbestandes der Versionsklage bedeuten: während die a. mand. und neg. gest. contr. entsteht, sobald der Prokurator im Interesse des Geschäftsherrn kontrahirt hat, soll die Versionsklage dem Gläubiger nur dann gewährt sein, wenn er seinerseits geleistet hat. Denn wenn er z. B. als Verkäufer die Sache noch nicht tradirt hat, so ist er noch fr. 57 pr. de aedil. edict. 21, 1 durch die in solidum wirkende exc. non ad. contr. genügend geschützt. Für diese Interpretation spricht der Umstand, daß in dem Thatbestand aller Quellenentscheidungen Erfüllung des Vertrages durch den Versionskläger vorausgesetzt ist. Wenn ich die Erklärung Ruhstrats trotzdem verwerfe, so geschieht das aus folgendem Grunde: es kann, wie R. selbst bemerkt, leicht vorkommen, daß der Einredeschutz dem Interesse des Gläubigers, der noch nicht erfüllt hat, nicht genügt, so z. B. wenn die verkaufte Sache im Werth

Schwerpunkt der Regel in dem Hinweis auf die Analogie der Klagen aus Auftrag und Geschäftsführung. Da nun aus diesen Rechtsverhältnissen zwischen Herrn und Sklaven Naturalansprüche des letzteren erwachsen, so sind wir durch die Autorität Ulpian's berechtigt, den juristischen Grund der actio de in rem verso in diesen Naturalansprüchen zu suchen.

Mit dieser Annahme folge ich dem Wege, den unter den früheren Schriftstellern namentlich Keller und Witte eingeschlagen haben, aber ohne sie bis zu ihrem voreilig gewonnenen Resultate zu begleiten. Beide gehen von der Erwägung aus, daß in den Anwendungsfällen der actio de in rem verso ein gewaltfreier Geschäftsführer die actio mandati oder negotiorum gestor. contraria hätte. Bei Insolvenz des Geschäftsführers könne sich der Gläubiger in Ermangelung anderer Vermögensstücke an diese Regreßklage gegen den Geschäftsherrn halten. Nun dürfe aber der Herr, der seine Geschäfte durch seinen Sklaven führen lasse, nicht auf Kosten des Gläubigers besser gestellt sein, als wenn er sich eines freien procurator bedient hätte: wie bei Insolvenz das procurator, so müsse er auch bei Insolvenz des Pekulium bis zum Betrage der obligatio negotiorum gestorum (dort civilis, hier naturalis) dem Gläubiger haften. Diese Haftung wird eingekleidet in die Form einer fingirten Cession: der Gläubiger könne „ad exemplum eius cui cessum est actionibus" (Keller a. a. O., S. 30) die Naturalforderung des Sklaven geltend machen. Witte, der, wie oben S. 8 bemerkt, diesen Naturalanspruch gar nicht beachtet, hält es auch noch für nöthig, schon das Regreßrecht des Sklaven auf die Fiktion der Freiheit zu stützen. Wenn gegen diese Konstruktion eingewendet wird [2]), daß sie auf Fiktionen be-

gesunken oder untergegangen ist und der Herr des Sklaven in Folge dessen die Erfüllung des Kaufes nicht verlangt. In solchen Fällen will R. die Versionsklage zulassen, aber er muß, um dies Resultat mit seiner Auffassung von fr. 3 § 2 h. t. zu vereinigen, folgendes behaupten: „wegen der zufällig eingetretenen Werthverminderung der dem Hausſohn veräußerten Sachen ist zu sagen, daß die Sachen theilweise vom Hausſohn konsumirt sind". Eine so weitgehende Ausdehnung des Konsumtionsbegriffes scheint mir ohne Quellenbeweis nicht annehmbar zu sein.

[2]) Mandry S. 474; Baron S. 38.

ruht, die in den Quellen nicht hervorgehoben werden, so möchte ich diesem Bedenken keine zu große Bedeutung beimessen. Denn auch bei der Pekuliarklage macht der Gläubiger die Naturalansprüche des Sklaven gegen den Herrn geltend, wie wenn sie auf ihn, den Gläubiger, übergegangen wären, ohne daß die römischen Juristen es für nöthig erachten, diesen Vorgang durch das Konstruktionsmittel einer fingirten Cession zu erklären: der Naturalanspruch gehört zum Pekulium (fr. 7 § 6 D. 15, 1) und erweitert daher den Umfang der condemnatio dumtaxat de peculio. In derselben Weise konnten sich die Römer gewisse Naturalansprüche des Sklaven als bestimmend für das id quod in rem Ni Ni versum est denken, ohne deswegen einen wirklichen Uebergang dieser Ansprüche auf den Versionsgläubiger anzunehmen.

Dagegen ist durchschlagend der von Baron (S. 38) erhobene Einwand, daß die Forderungen eines insolventen Schuldners der gemeinsamen Befriedigung seiner sämmtlichen Gläubiger dienen. Der Gläubiger eines negotiorum gestor könnte daher nicht ohne Weiteres verlangen, daß die a. negot. gest. contraria, die aus seinem Kontrakt im Vermögen des Gemeinschuldners entstanden ist, auf ihn übertragen werde, er kann nach allgemeinen Grundsätzen im Konkurse des procurator nur das fordern, worauf sein Anspruch ursprünglich geht, wenn er z. B. an den procurator verkauft hat, den Kaufpreis; die Regreßklage des procurator bleibt Aktivum der Konkursmasse. Der Versionsgläubiger hat dagegen am Regreßanspruch des Sklaven ein Vorzugsrecht vor den Pekuliargläubigern, die bei Insolvenz des Pekulium leer ausgehen, und dies Vorzugsrecht wollen Keller und Witte — wie wir sehen, vergeblich — aus der Analogie des freien procurator erklären.

Somit scheint der Gedanke von Keller und Witte durch ein siegreiches Gegenargument widerlegt zu sein — und doch findet sich u. E. in diesem Gedanken ein gutes Stück Wahrheit, nur bedarf es eines längeren Verweilens bei der scheinbar einfacheren und bekannteren Seite des von Ulpian in fr. 3 § 2 h. t. aufgestellten Vergleiches. Ehe man die vielbestrittenen Grundsätze der a. de in rem verso aus dem Recht des Auftrages und der Geschäfts-

führung zu erklären beginnt, muß man sich genau bewußt werden, welchen Inhalt die Regreßklage des freien Geschäftsführers in den der a. de in rem verso vergleichbaren Fällen hat. Das soll im folgenden Paragraphen geschehen.

§ 4. Der Regreß des Geschäftsführers.

I. Der allgemeine Begriff der Geschäftsführung.

Den Hauptinhalt der a. mand. contr. bildet der Anspruch auf Ersatz der Auslagen, die der Mandatar aus eigenem Vermögen im Interesse des Auftraggebers gemacht hat [1]). Bei der a. negot. gest. contr. ist der Anspruch auf Ersatz der Auslagen der einzige Inhalt der Klage. Diese beiden Ansprüche, aus Mandat und Geschäftsführung, sind trotz der äußerlichen Verschiedenheit der Umstände, unter denen sie entstehen, innerlich mit einander verwandt: sie bezwecken beide die Ausgleichung einer Vermögensverschiebung, die durch Wahrnehmung eines fremden Interesses entstanden ist. Daß der Mandatar zu dieser Interessewahrung verpflichtet war, während der negot. gestor ohne solche Verpflichtung für den Geschäftsherrn eingetreten ist, begründet einen nur scheinbaren Gegensatz: denn der Mandatar hatte zwar versprochen das fremde Geschäft zu besorgen, aber nicht versprochen, es auf eigene Kosten zu besorgen [2]).

Ueberblicken wir nun mit Rücksicht auf diese nahe Beziehung zwischen Mandat und negot. gestio das System des Civilrechts, so finden wir in zahlreichen Fällen einen Anspruch auf Ersatz von Auslagen anerkannt, welcher inhaltlich mit dem Anspruch aus Auftrag und Geschäftsführung übereinstimmt, so, um vorläufig nur ein Beispiel zu nennen, bei der a. tutelae contraria. Sucht

---

[1]) Andere Ansprüche des Mandatars: Ersatz des bei Ausführung des Auftrages erlittenen Schadens; versprochenes Honorar.

[2]) Auf den Mandatar so gut wie auf den neg. gestor läßt sich übertragen, was Ulpian fr. 14 § 7 de rel. 11, 7 von der a. funer. sagt: potest tamen distingui et misericordiae modus, ut in hoc fuerit misericors vel pius qui funeravit, ut eum sepeliret, ne insepultus iaceret, non etiam ut suo sumptu fecerit.

man nach einer allgemeinen Bezeichnung für alle Thatbestände, aus denen ein Anspruch auf Ersatz von Auslagen erwächst, so empfiehlt sich der Ausdruck: „Geschäftsführung im weiteren Sinne." Innerhalb dieses Begriffes erscheinen Mandat und negot. gestio als spezielle Fälle, charakterisirt durch die Veranlassung, aus welcher die Besorgung eines fremden Geschäftes unternommen wurde.

Allen Fällen der Geschäftsführung ist gemeinsam, daß Jemand (G) im Interesse eines Anderen (D) handelt[8]). Aber nicht jede Thätigkeit, die einem Anderen Nutzen bringt, ist Geschäftsführung. Wenn G dem D, ohne es zu wollen, einen Vortheil verschafft, so wird er nicht als Geschäftsführer behandelt: er hat nicht den Ersatz seiner Auslagen, sondern die Herausgabe der

[8]) Darum gehört m. E. das mandatum qualificatum nicht unter die Begriffe von Auftrag und Geschäftsführung im w. S., denn der sog. Mandatar handelt in diesem Falle zu eigenem Nutzen (namentlich wenn das Darlehn zinsbar ist). Daß der mandator u. U. ein Interesse an der Gewährung des Darlehens haben kann, macht das Geschäft nicht zu einem ihm angehörenden, sowenig ein Eisenbahnbau, für welchen eine Gemeinde Garantie übernimmt, weil sie von dem Unternehmen Vortheil erwartet, dadurch zu einem negotium der Gemeinde wird. Die Sabinianer benutzten die a. mand. contr. zur Klagbarmachung eines formlosen Garantieversprechens. Leicht verständlich und vom Standpunkt der Begriffsklarheit nur zu billigen ist der Widerspruch, den der Prokuleianer Celsus in dem (m. E. interpolirten) fr. 48 § 2 mand. 17, 1 gegen diese Praxis erhebt: ceterum ut tibi negotium geras, tui arbitrii sit nomen, id est ut cuivis credas, tu recipias usuras, periculum dumtaxat ad me pertineat, iam extra mandati formam est, quemadmodum si mandem, ut mihi quemvis fundum emas. Die gesperrten Worte gehören zu der Art von Zusätzen mit id est, von denen Eisele eine große Anzahl in der Zeitschrift d. Sav. Stift. Bd. XI, S. 4f. zusammengestellt hat. Der Zusatz gibt eine falsche Erklärung der vorhergehenden Worte; mit arbitrium meinte Celsus das Verfügungsrecht des creditor über die begründete Forderung (der echte Mandatar muß die Forderung auf Wunsch des Mandanten diesem abtreten oder einem Dritten cediren oder erlassen ꝛc.). Auch die Schlußworte sind verändert; sie lauteten wohl: ut tibi fundum emas. Denn warum soll der Auftrag ein unbestimmtes d. h. vom Mandatar diligenter auszuwählendes Grundstück anzukaufen, ungültig sein? Ein Auftrag dagegen, ein ganz beliebiges Grundstück zu erwerben, wäre allerdings ungültig, dürfte aber nur in der Phantasie der Kompilatoren vorkommen.

Bereicherung des D zu verlangen[4]). Zur Geschäftsführung ist ferner erforderlich, daß die dem Nutzen des D dienende Handlung nicht nur auf dessen Kosten, sondern auch auf dessen Rechnung vorgenommen werde. Damit sind von der Geschäftsführung ausgeschlossen die Fälle, in denen D dem G ein im Voraus fixirtes Aequivalent für seine Vermögensleistungen[5]) schuldet. In diesen Fällen handelt G zwar gewissermaßen auf Kosten des D, aber vorwiegend in eigenem Interesse, nämlich zu dem Zwecke, durch seine Aufwendungen den Anspruch auf den festen Entgelt zu erwerben resp. um sich von einer Schuld zu befreien[6]). Er braucht seinem Mitkontrahenten über den Aufwand, den er zur Erfüllung seiner Vertragspflicht gemacht hat, keine Rechenschaft zu geben. Sind seine Kosten, wie das regelmäßig der Fall sein wird, geringer als die ausbedungene Gegenleistung, so ist die Differenz sein legitimer Vortheil, wie er andererseits das Risiko trägt, die Leistung, selbst wenn sie ihm theuerer, als er voraussah, zu stehen kommt, für den versprochenen Entgelt vornehmen zu müssen. Den Gegensatz dazu soll der Geschäftsführer dadurch, daß er seine Thätigkeit in den Dienst eines Anderen stellt, weder gewinnen noch verlieren, sondern gerade soviel zurückbekommen, als er hat aufwenden müssen[6a]).

Das große Gebiet der Geschäftsführung im weiteren Sinne läßt sich zum Zweck der Uebersicht in folgender Weise eintheilen[7]):

[4]) Fälle der sog. unechten negot. gestio. Windscheid, Pandekten § 431; Dernburg, Pandekten Bd. II, § 123.

[5]) Dagegen ist eine Belohnung für die persönlichen Dienstleistungen schon nach römischen und noch mehr nach heutigem Rechte sehr wohl vereinbar mit dem Begriff der Geschäftsführung. Nur darf das sog. Honorar nicht die Bedeutung einer Pauschalvergütung für (erhebliche) Vermögensaufwendungen haben, sonst haben wir es nicht mit Mandat, sondern mit loc. cond. operis zu thun.

[6]) Vgl. Monroy, vollmachtlose Ausübung fremder Vermögensrechte, S. 4.

[6a]) fr. 20 pr. mand. 17, 1: ex mandato apud eum qui mandatum suscepit nihil remanere oportet, sicuti nec damnum pati debet, si exigere faeneratam pecuniam non potuit.

[7]) Die Ausdrücke „selbständige" und „unselbständige" Geschäftsführung

1. *selbstständige Geschäftsführung*: zwischen G und D besteht kein anderes Rechtsverhältniß außer demjenigen, welches entweder

a) den G zur Besorgung der Geschäfte des D verpflichtet, z. B. Mandat, Vormundschaft, andere Fälle der gesetzlichen Vertretung;

b) oder aus der von G freiwillig übernommenen Geschäftsführung hervorgeht: negotiorum gestio.

2. *unselbstständige Geschäftsführung*: die Geschäftsführung steht im Zusammenhange mit einer sonstigen Rechtsbeziehung zwischen G und D. Hier sind zwei Fälle möglich:

a) G ist dem D aus anderem Grunde zu einer Leistung verpflichtet: als Verkäufer zur Tradition, als Depositar, Kommodatar, Pfandgläubiger, Miether, Nießbraucher, Ehemann (bei der dos), Erbe (beim Legat) zur Herausgabe, als Werkunternehmer zur Herstellung einer Sache. Im Anschluß an diese Verbindlichkeit, deren Erfüllung ein eigenes Geschäft des G ist, kann G verpflichtet sein, gewisse Nebenleistungen auf Rechnung des Gläubigers vorzunehmen. Hierher gehören Aufwendungen zur Erhaltung der geschuldeten Sache, die der Schuldner vermöge seiner Haftung für Diligenz machen muß, die er aber dem Gläubiger anrechnen darf. Ebenso kann der conductor operis verpflichtet sein, den Stoff oder einen Theil desselben auf Rechnung des Bestellers eventuell nach dessen Anweisungen zu beschaffen[8]). Die Abgrenzung zwi-

sind bereits von Heck, Recht der großen Havarei, S. 528 f., 539 f., in etwas anderer Bedeutung als hier gebraucht: Heck nennt die Geschäftsführung unselbständig überall da, „wo der Anlaß zur Wahrung fremder Interessen durch eine Rechtsbeziehung gegeben ist", und rechnet daher Mandat, Vormundschaft u. s. f. zur unselbständigen Geschäftsführung. Mir scheint es angemessener, die Fälle, in welchen die Rechtsbeziehung keinen anderen Zweck hat, als G zu einem Handeln für D zu verpflichten, mit dem Falle, daß G die Interessenwahrung freiwillig in die Hand nimmt, zusammenzufassen. Es besteht eben in solchen Fällen zwischen G und D keine andere Beziehung, als die, daß G die Geschäfte des D führt. Den Gegensatz bildet die Geschäftsführung bei Anlaß eines Rechtsverhältnisses, welches nicht selbst die Geschäftsführung zum Zweck hat: die unselbständige oder vielleicht besser gesagt, gelegentliche Geschäftsführung.

[8]) Der Vertrag nimmt m. E. dadurch nicht die Natur des Kaufes

schen den Aufwendungen, welche der Schuldner aus seinem Vermögen zu machen, und denen, welche er auf Kosten des Gläubigers vorzunehmen hat, ist bei den einzelnen Vertragsverhältnissen eine verschiedene, auch wird diese Abgrenzung durch Verabredungen der Parteien modificirt. Daher ist es vollkommen angemessen, daß die Römer den Ersatzanspruch des Schuldners nicht auf den Quasikontrakt der negotiorum gestio stützten, sondern in die betreffende Kontraktsklage aufnahmen;

b) der Schuldner kann bei Gelegenheit der Vertragserfüllung Aufwendungen auf das Schuldobjekt oder das sonstige Vermögen des Gläubigers machen, zu denen er aus dem Vertrage nicht verpflichtet ist. Dann besteht zwischen der Geschäftsführung des Schuldners und dem Vertragsverhältniß kein juristischer Kausalzusammenhang, der Vertrag ist nur der äußere Anlaß zur Einmischung des Schuldners in den Vermögenskreis des Gläubigers. Er handelt als unberufener negotiorum gestor. Nichtsdestoweniger konnte er seine Ansprüche mit der Kontraktsklage gelten machen. Der Verwendungsanspruch ist gewissermaßen von der Kontraktsklage „attrahirt", wie auch sonst Ansprüche, die nicht aus dem Vertrag, sondern blos bei Gelegenheit desselben entstanden, häufig genug in die Kontraktsklage einbezogen wurden[9]). Dieser Zusammenhang ist aber mit dem Aktionensystem weggefallen: der Verwendungsanspruch ist, soweit nicht die Verwendung wie im Falle a) nothwendige Folge des Vertrages und daher Theil der Vertragserfüllung war, für das heutige Recht als selbstständiger Anspruch zu betrachten[10]);

---

an. Kauf einer anzufertigenden Sache liegt m. E. nur dann vor, wenn der Stoff entweder dem Unternehmer schon gehört oder von ihm auf eigene Rechnung anzuschaffen ist. A. M., wie mir scheint, Dernburg, Pandekten Bd. II, § 113 zu Note 7: „Liegt dem Unternehmer die Beschaffung des zu bearbeitenden Hauptgegenstandes ob, so gilt das Geschäft als Verkauf". Windscheid, Pandekten, § 401 zu Note 13: „Soll aus einer dem Arbeiter zugehörigen Sache eine Arbeit hergestellt werden, so liegt Kauf vor".

[9]) So namentlich Ansprüche aus Delikten, die bei Gelegenheit einer Vertragserfüllung begangen werden.

[10]) So heißt es z. B. im Entwurf (2. Lesung) § 389: „Ist vor

c) ein weiterer Fall der unselbstständigen Geschäftsführung kann darauf beruhen, daß zwischen G und D ein Gemeinschaftsverhältniß besteht, vermöge welches die Handlung des G, durch welche er das Interesse des D fördert, zugleich ihm selbst nützt. G kann unter solchen Umständen nur pro rata als Geschäftsführer des D gelten[11]).

In allen Fällen der Geschäftsführung hat der Anspruch des Geschäftsführers wesentlich denselben Inhalt wie die actio mandati und negotiorum gestor. contraria: Ersatz der Auslagen. Ob die Geschäftsführung diesen Ersatz ganz, zum Theil, oder vielleicht gar nicht verlangen kann, hängt von den Verhältnissen ab, unter denen die Geschäftsführung beginnt, und von der Art und Weise, wie sie durchgeführt wird. Aber soweit der Anspruch gewährt wird, ist er stets auf Ersatz der Auslagen gerichtet. Diese Gleichartigkeit eius quod venit in actionem auf dem ganzen Gebiet der Geschäftsführung wird hier, wie so oft, dadurch verdunkelt, daß die Fälle der unselbstständigen Geschäftsführung unter den einzelnen actiones vertheilt sind. Die moderne Rechtssystematik strebt über die Schranken der römischen Aktionen hinaus zu generelleren Begriffen; aus der Zusammenfassung der in den verschiedenen actiones wiederkehrenden gemeinsamen Bestimmungen sind die Begriffe unseres „allgemeinen Theiles" entstanden, so z. B. der Begriff des Vertrages, des Schadenersatzes und andere mehr. Eine solche allgemeine Bedeutung möchte ich auch dem Ersatzanspruch des Geschäftsführers beimessen, trotz der verschiedenartigen Rechtsbeziehungen, mit denen er verbunden und durch die er modificirt sein kann. Die einheitliche Natur des Anspruchs in allen Fällen der selbstständigen und unselbstständigen Geschäfts-

der Uebergabe der verkauften Sache die Gefahr auf den Käufer übergegangen und hat der Verkäufer vor der Uebergabe Verwendungen auf die Sache gemacht, die nach dem Uebergange der Gefahr nothwendig geworden sind, so ist der Käufer zum Ersatz verpflichtet. Die Verpflichtung des Käufers zum Ersatz sonstiger Verwendungen bestimmt sich nach den Vorschriften über die Geschäftsführung ohne Auftrag", vgl. ferner die zu dieser Bestimmung in den Motiven, Bd. II, S. 326 Note 1 citirten anderen Stellen des Entwurfs.

[11]) Vgl. darüber neuestens die Untersuchungen von Heck a. a. O.

führung ist schon mehrfach hervorgehoben worden[12]), aber daß sie noch nicht in's allgemeine juristische Bewußtsein durchgedrungen ist, lehrt ein Blick in die Pandektenlehrbücher, in denen zwar „Schadenersatz" und „ungerechtfertigte Bereicherung" als allgemeine Kategorien des Obligationenrechts auftreten, die Ansprache des Geschäftsführers dagegen ganz nach römischem Muster allen möglichen Rechtsgeschäften (Aktionen) angehängt sind und nur bei der negotiorum gestio in den Vordergrund der Untersuchung treten. Das beste Zeugniß aber für das Fehlen eines Begriffes ist — der Mangel einer technischen Bezeichnung. Ich wähle für den Anspruch, den Jeder, der fremde Geschäfte führt, durch dies sein Handeln allein erwirbt, den Namen: Regreßanspruch (aus Geschäftsführung) nicht weil dieser Ausdruck besonders bezeichnend wäre, denn er wird bekanntlich auf Rechtsbeziehungen angewendet, die mit unserem Falle eine nur sehr entfernte und äußerliche Aehnlichkeit haben[13]), sondern weil ich kein besseres Wort zu finden vermag, um diesen Bestandtheil der a. mandati, pro socio, commodati etc. von den übrigen in derselben actio enthaltenen Ansprüchen zu unterscheiden.

Im Folgenden sollen die charakteristischen Thatsachen betrachtet werden, welche uns berechtigen, die Geschäftsführung und den daraus entstehenden Regreßanspruch als Begriffe von allgemeiner Bedeutung aufzufassen. Diese Thatsachen beziehen sich sowohl auf die Entstehung als auf den specifischen Inhalt des Regresses.

II. Der Entstehungsgrund des Regresses.

Das wesentliche Thatbestandsstück des Regresses ist eine einseitige im Interesse des Geschäftsherrn vorgenommene Handlung des Geschäftsführers, welche sein Vermögen in irgend welcher

[12]) L. Seuffert, Ratihabition, S. 12; Ruhstrat im Archiv f. civil. Praxis, Bd. 64, S. 113f.; Kohler, Jahrb. f. Dogm., Bd. 25, S. 75 f. Daß die negot. gestio im älteren römischen Recht ein weiteres Anwendungsgebiet als später hatte, ist von Wlassak, Zur Geschichte der Negot. gestio, nachgewiesen worden.

[13]) Vgl. Eck in Holtzendorf's Rechtslexikon s. v. Regreß.

Weise mindert. Erst mit und durch diese Leistung (res) entsteht der Regreßanspruch. Das ist unbestreitbar für die negotiorum gestio. Mit vollem Recht hat Bekker aus der negotiorum gestio, der Zahlung und den Realkontrakten den Begriff des „Realgeschäftes" gebildet[14]).

Ich möchte einen Schritt weiter gehen und behaupten, daß der Regreß des Geschäftsführers auch da, wo diesem eine Klage aus einem Konsensualvertrag zu Gebote steht, nicht eine Wirkung des Konsenses, sondern der Leistung ist, daß also, um das nächstliegende Beispiel zu wählen, der Mandatar seinen Regreß nicht consensu, sondern re erwirbt (wobei natürlich nicht zu übersehen ist, daß der Wille des Mandanten auf diesen Anspruch einen modificirenden Einfluß übt, wie übrigens auch der Wille des Geschäftsherrn auf den Regreß des negotiorum gestor). In den plastischen Formen des römischen Prozesses ausgedrückt, würde meine Behauptung lauten: die actio mandati contraria beruht auf dem Konsens der Parteien, derjenige Bestandtheil eius quod venit in actionem, den ich „Regreßanspruch" nenne, auf einer res. Ein Honoraranspruch des Mandatars dagegen würde, wenn er nicht aus zufälligem Grunde aus dem actio mandati ausgeschlossen wäre, ein konsensualer Bestandtheil dieser actio sein können.

Der Gegensatz zwischen der realen Entstehung des Regresses aus dem konsensualen Thatbestand eines Honoraranspruchs tritt in Folgendem zu Tage: Verlangt der Mandatar eine Belohnung für seine Dienste, so muß er ein dahin gehendes Versprechen des Mandanten behaupten, mit dieser Behauptung ist aber auch der Honoraranspruch genügend substantiirt, die Nichterfüllung der Mandatspflichten ist Gegenstand der exc. non adimpleti contractus. Zur Begründung des Regresses muß dagegen der Mandatar behaupten, daß er den Auftrag ausgeführt hat und daß ihm Auslagen daraus erwachsen sind[15]). Die Behauptung, daß der Auf-

[14]) Bekker, Pandekten Bd. II, § 95 Note h und Beilage I. Auch Brinz, Pandekten, II § 320 zu Note 1 erkennt die Ursache der obligatio neg. gest. in einer „Thatsache ohne Vertrag (res.)".

[15]) Im Gegensatz dazu hat der Kläger bei einem synallagmatischen

traggeber versprochen habe, die Auslagen zu ersetzen, ist nicht genügend, aber auch nicht erforderlich, denn schon die eine Thatsache, daß Jemand im Auftrag eines Anderen sein eigenes Vermögen vermindert hat, begründet einen Anspruch auf Ausgleichung. Daß der Mandatar sich auf den Auftrag beruft, römisch gesprochen actione mandati klagt, hat nicht den Zweck, ein Ersatzversprechen des Beklagten zu behaupten[16]), sondern geschieht nur deshalb, um festzustellen, daß die mit Aufwendungen verbundene Handlung des Klägers in Geschäften des Beklagten, und nicht im eigenen Interesse, vorgenommen wurde und deswegen vom Beklagten auf seine Kosten zu übernehmen ist. Fehlt es an einem Auftrag, so entsteht nichtsdestoweniger ein Regreß aus dem Vermögensopfer des G, vorausgesetzt, daß seine Rolle als Geschäftsführer des D sich aus anderen Thatsachen (z. B. gesetzliche Verpflichtung zum Handeln für D oder utilitas negotii und animus negotia gerendi) ergibt. Die Auftragsertheilung hat also nur die Bedeutung, daß der Beauftragte in das Rechtsverhältniß[17]) eines Ge-

---

Vertrag z. B. Kauf nur zu beweisen (wenn er durch die exc. non ad. contr. dazu gezwungen wird), daß er seine Verpflichtung erfüllt hat, nicht aber den dazu nöthig gewesenen Aufwand darzuthun. Denn sein Anspruch ist in quali et quanto von den Kosten seiner eigenen Leistung unabhängig.

[16]) In diesem Sinne ist es richtig, daß man das Mandat nicht als synallagmatischen Vertrag gelten lassen will. Denn es wird beim Auftrag nicht Versprechen gegen Versprechen ausgetauscht, sondern nur ein Versprechen, das des Mandatars, abgegeben, aus dessen Ausführung u. U. Regreßansprüche entstehen. Wer actione empti klagt, gesteht damit implicite zu, daß er das Kaufgeld schuldig geworden sei. Wer dagegen actione mandati directa klagt, hat damit nicht zugegeben, daß er regreßpflichtig geworden ist, sondern kann verlangen, daß der Mandatar die Entstehung der a. mand. contraria nachweise. Vgl. unt. VII.

[17]) Daß das Rechtsverhältniß des Mandates von den einzelnen Ansprüchen ex mandato zu unterscheiden sei, ist in neuerer Zeit häufig betont worden, doch hat sich eine feste Terminologie nicht ausgebildet. Bekker, Ztschr. für Rechtsgesch. Bd. 9, S. 366 fg. hat vorgeschlagen: „abstrakte" und „konkrete Aktio". Brinz, Pandekten, Bd. II, § 212 und S. 36, 778 spricht von „Haftung" im Gegensatz zu den daraus sich entwickelnden „Verbindlichkeiten und Schulden". Haftung soll mit Uebernahme des Auftrags entstehen, und zwar beiderseitig. Dabei scheint mir der wesentliche Unterschied in der Stellung des Mandanten und Mandatars verwischt zu sein: letzterer

schäftsführers (im weiteren Sinne) gebracht wird, die Regreßansprüche aus diesem Rechtsverhältnisse entstehen erst durch die Vermögensopfer des Mandatars[18]).

Man könnte einwenden, daß bei Abschluß des Mandats ein ausdrückliches oder stillschweigendes Versprechen des Kostenersatzes vorliegt[19]). Indessen läßt sich leicht nachweisen, daß ein solches Versprechen des Mandanten nicht der Grund seiner Regreßpflicht

---

ist sofort zu einer Thätigkeit verpflichtet, vom Mandanten dagegen kann zunächst nichts verlangt werden und, ob er überhaupt etwas zu leisten haben wird, hängt von zukünftigen ungewissen Thatsachen ab. Gegen Brinz hat sich Rümelin, Arch. f. civ. Praxis, Bd. 68, S. 151 fg., 162 fg. ausgesprochen. Regelsberger, Studien im bayer. Hypothekenrechte S. 10 fg. unterscheidet „Stammobligation" und „Zweigobligation". Ihm hat sich angeschlossen Stammler, Nießbrauch an Forderungen, S. 94 fg. und Arch. f. civ. Prax., Bd. 69, S. 51. Vgl. neuestens Bekker, Ztschr. der Sav.-Stift., Bd. XV, S. 206.

[18]) Man denke an ein generelles Mandat: durch den Kontrakt wird nur festgestellt, daß die Einmischung des G in die Geschäfte des D nicht unbefugt ist, weil sie dem Willen des D entspricht. Die Pflichten und Rechte des G bestimmen sich im Einzelnen durchaus nach den Regeln der negot. gestio. Soll man bei dieser Sachlage dem Regreß des G einen wesentlich verschiedenen Ursprung zuschreiben, als dem des unbeauftragten Geschäftsführers?

[19]) So Brinz, Pandekten, 2. Aufl., Bd. II, § 334 zu Note 22: „Nicht blos zuweilen, sondern stets ist das Mandat, außerdem daß es ein Auftrag ist, zugleich eine cautio, d. i. die Zusage, Versicherung der Schadloshaltung (Deckungsversprechen)". Die beiden Stellen, auf die sich Brinz beruft, enthalten nicht den eigentlichen Fall des Mandats (Geschäftsführung im Auftrag des Geschäftsherrn, vgl. ob. Note 3), sondern Garantievertrag (fr. 32 mand. 17, 1) und mand. qualif. (fr. 59 § 5 eod.). Bei diesen von den Römern in den Begriff des Mandats hineingezwängten Rechtsgeschäften beruht die a mand. contr. allerdings auf dem Versprechen des Mandanten. Genauer ausgeführt ist die Ansicht von Brinz im 4. Bande seiner Pandekten (herausgeg. von Lotmar) § 548 S. 195: „für die Rechtsgeschäfte überhaupt ergäbe sich der Satz, daß sie keinen anderen Inhalt und keine anderen Wirkungen haben, als gewollte". Zum Beweise beruft sich Brinz-Lotmar a. a. O. S. 190 auf die Thatsache, daß zahlreiche Sätze, welche das quod venit in actionem regeln, aus Verabredungen entstanden sind, welche in früherer Zeit ausdrücklich ausgesprochen zu werden pflegten. In dieser Argumentation scheint mir eine unzulässige Vermischung historischer und dogmatischer Elemente zu liegen.

sein kann: in zahlreichen Fällen wird ein solches Versprechen nicht geleistet, weil die Nothwendigkeit des Aufwandes außerhalb des Gesichtskreises der Parteien lag. Wenn man den Regreß des Mandatars unter solchen Umständen doch auf den Vertrag, d. h. auf den Konsens stützen will, so muß man einen Willen fingiren, d. h. zugeben, daß eine andere Thatsache hier dieselbe Wirkung erzeugt, die man an den Willen als Ursache zu knüpfen gewöhnt ist[20]). Damit hat man aber implicite anerkannt, daß der Konsens nicht der Grund des Regresses beim Mandat ist[21]).

Der Regreßanspruch entsteht, wie wir gesehen haben, auch da, wo die Geschäftsführung durch ein Vertragsverhältniß veranlaßt wird, nicht aus dem Konsens der Parteien, sondern aus dem realen Vorgang der Aufwendung. Aber die Rechtssätze, die den Regreß regeln, gehören dem dispositiven Recht an und können daher durch den Willen der Parteien abgeändert werden[22]). Es können z. B. Fristen für die Geltendmachung des Regresses fest-

[20]) Vgl. Bekker, Pandekten, Bd. II, § 95 Beilage II.

[21]) Die englische Jurisprudenz begründet den Regreß des Mandatars durch seine Auslage und nicht durch ein Versprechen des Auftraggebers. Sedgwick, Measure of Damages 8th ed. Vol. II § 834: it is quite immaterial in these cases, whether the agent have a promise to indemnify him or not; the law implies an agreement on the part of the principal to save him harmless.

[22]) Einer Parteiabrede, durch welche eine Rechtswirkung, die schon das Gesetz an das vorliegende Rechtsverhältniß anknüpft, einfach bestätigt wird, möchte ich nach Analogie dessen, was von der Ausbedingung einer conditio iuris gilt (Windscheid, § 87 Note 8), keinerlei Bedeutung beimessen. Wenn der Auftraggeber dem Mandatar den Ersatz der Auslagen zusichert, so ist dies Versprechen, wie mir scheint, ex abundanti interpositum. Ein anderes Beispiel: der Eviktionsanspruch entsteht erst durch die Thatsache der Entwehrung und kann daher im Konkurse des Verkäufers nicht eingemeldet werden, wenn zur Zeit der Konkurseröffnung die Eviktion noch nicht eingetreten ist. Daran würde m. E. nichts geändert sein, wenn der Verkäufer im Vertrage die gesetzliche Gewährleistung ausdrücklich übernimmt. Aber selbst dann, wenn der Verkäufer für den Fall der Eviktion eine feste Summe versprochen hat, würde ich darin keine bedingte Forderung sehen, die in seinem Konkurse nach KO. § 60 zu behandeln wäre, sondern bloß eine vertragsmäßige Fixirung über das Maß des bei Eintritt der gesetzlichen Voraussetzungen der Eviktionshaftung zu leistenden Ersatzes.

gestellt werden, es kann ferner eine Maximalgrenze bestimmt werden mit der Wirkung, daß darüber hinausgehende Aufwendungen nicht mehr ex mandato dem Geschäftsherrn angerechnet werden[23]). Dagegen kann der Regreß nicht im Voraus auf eine bestimmte Summe fixirt werden, ohne den Charakter des Rechtsverhältnisses zu ändern: denn sobald der Regreß durch ein festes Aequivalent ersetzt wird, tritt an Stelle der Geschäftsführung ein Vertrag mit spekulativer Absicht (z. B. Kauf, Dienstmiethe, Werkvertrag u. s. w.) mit den für diese Verträge geltenden abweichenden Regeln. Wohl aber kann durch Verabredung der Parteien der Regreß gänzlich ausgeschlossen werden: ein donandi causa übernommener Auftrag bleibt Mandat, was für die Haftung des Beauftragten, a. mand. directa, von Bedeutung ist[24]). Dasselbe Resultat kann in allen Fällen der Geschäftsführung durch einseitigen Willen des Gestor erzielt werden, aber nur solange, bis sein Regreßanspruch perfekt geworden ist. Hat dagegen der Geschäftsführer einmal einen Regreßanspruch erworben, so kann ein animus donandi superveniens nur noch auf dem Wege des Verzichtes verwirklicht werden, zu welchem nach herrschender Lehre Konsens der Parteien erforderlich ist.

Da der Regreßanspruch eine Wirkung der Aufwendung ist, so kann er auch nicht vor der Aufwendung, sondern erst mit dieser entstehen, wie der Darlehensanspruch mit Hingabe des Geldes. Die Erkenntniß dieser Thatsache wird dadurch erschwert, daß die actiones mandati, pro socio, commodati etc., innerhalb welcher der Regreßanspruch geltend gemacht wurde, gewöhnlich älteren Datums sind als der Regreßanspruch selbst[25]). Das hat aber nach Zerfall des Aktionensystemes für unser heutiges Recht keine Bedeutung[26]). Aus Mandat, Societät u. s. w. entsteht zwar ein

[23]) Wohl aber, wenn sie zur Verhütung größeren Schadens nothwendig waren, unter dem Gesichtspunkt der neg. gestio.

[24]) Auch in dieser Beziehung besteht ein charakteristischer Gegensatz zwischen Mandat und den synallagmatischen Verträgen: Kauf und Miethe gehen bei Mangel einer Gegenleistung in schenkungsweise vorgenommene Eigenthumsübertragung resp. Gebrauchsüberlassung über.

[25]) Bekker, Ztschr. f. Rechtsgesch. Bd. 9, S. 375.

[26]) Vgl. Bekker, Aktionen, Bd. II, S. 254.

Rechtsverhältniß, welches den Geschäftsführer zur Vornahme von Aufwendungen verpflichtet resp. berechtigt, aber nicht zugleich der Anspruch, welcher ihn für seine Aufwendungen entschädigen soll und daher aus der Aufwendung selbst hervorgeht. Maßgebend ist auch hier die Analogie des Darlehens: ein pactum de mutuo dando verpflichtet zur Hingabe des Geldes, aber das Rückforderungsrecht wird erst durch die Hingabe erworben. Will man auch nach Untergang des Aktionenrechts den Regreß immer noch als Wirkung der Mandatsertheilung auffassen, so müßte man m. E. eadem ratione den Darlehensanspruch auf den Moment des pactum de mutuo dando zurückdatiren.

Die Frage nach dem Entstehungsmoment der Regreßklage aus Geschäftsführung, speciell aus Mandat, kann in folgenden Beziehungen wichtig werden:

1) Ist der Regreßanspruch im Sinne von K.-O. § 2 „begründet", wenn das Mandat vor der Konkurseröffnung übernommen, die Aufwendung erst nach derselben gemacht wurde? M. E. ist diese Frage verneinend zu beantworten; der Mandatar ist nicht Konkursgläubiger, wohl aber eventuell Massegläubiger nach K.-O. § 52, 3 [27]).

[27]) Sofern seine Aufwendung der Konkursmasse wirklich zu Gute gekommen ist. Hat der Mandatar Kenntniß von dem Konkurse des Auftraggebers und setzt er seine Thätigkeit nichtsdestoweniger fort, so bezeugt er damit seine Absicht, das Interesse der Konkursgläubiger durch Erhaltnng von zur Masse gehörenden Werthen zu wahren; da nun nach K.-O. § 52 No. 3 schon die unabsichtliche Vergrößerung der Masse einen vorweg zu befriedigenden Anspruch auf Ausgleich erzeugt, so scheint es mir unmöglich, dem Mandatar, welcher das Konkursvermögen mit Vorbedacht vermehrt oder vor Schaden bewahrt, einen solchen Anspruch zn versagen; das gilt um so mehr, als der Mandatar u. U. zur Fortsetzung seiner Thätigkeit verpflichtet ist, arg. Dernburg, Pand., Bd. II, § 117 bei Note 4. — Solange der Mandatar vom Konkurs des Auftraggebers nichts erfährt, besteht (nach Gemeinem Recht) sein Mandatsverhältniß zum Gemeinschuldner fort, aber, indem er diesem zu nützen glaubt, fördert er in der That das Interesse der Konkursmasse. Da nun die a. mand. contr. gegen den Gemeinschuldner dem Mandatar nichts nützt, weil der Anspruch nach der Konkurseröffnung begründet ist, so befindet er sich in einer der Nothlagen, in welchen Windscheid, Pand., § 431 Note 6, dem Beauftragten eine a. neg. gest. gegen den wahren dominus negotii (hier die Konkursmasse) gewährt.

2) Der Mandant hat für seine Regreßverpflichtung ein Pfand gegeben; welches ist das Datum des Pfandrechts? Diese Frage ist ebenso zu beantworten, wie die vielbesprochene Frage nach dem Datum der Kredithypothek. Der Regreßanspruch ist zwar eine obligatio futura im strengen Sinne des Wortes, weil er weder als bedingte noch als befristete Forderung aus dem Auftrag, sondern erst aus der Aufwendung entsteht. Trotzdem datirt m. E. das Pfandrecht vom Moment der Bestellung, denn der Mandatar ist zur Vornahme der Aufwendungen verpflichtet, wie der Darlehensgläubiger aus einem pactum de mutuo dando zur Hingabe des Geldes[28]).

Wenn der Regreßanspruch im Moment der Aufwendung entsteht, so ist damit nicht gesagt, daß er sofort geltend gemacht werden kann. Eine Befristung kann verabredet sein, kann aber auch als naturale negotii ohne Willenseinigung vorliegen. So wird man z. B. sagen müssen, daß der negotiorum gestor, der sich der Geschäfte eines Abwesenden annimmt, mit seinem Regreßanspruch bis zur Rückkehr warten muß. Ferner kann ein Aufschub der Geltendmachung des Regresses dadurch bewirkt werden, daß der Geschäftsherr seiner Regreßpflicht nur Zug um Zug gegen Erfüllung der Pflichten des Geschäftsführers (Herausgabe des Erworbenen eventuell Schadensersatz) genügen muß[29]). Daß es sich dabei um Hinausschieben nicht der Entstehung, sondern blos der Geltendmachung des Regresses handelt, zeigt sich daran, daß die Zinsen vom Moment der Auslage an laufen, und hat zur Folge, daß der Regreßanspruch aus einer vor Konkurseröffnung vorgenommenen Aufwendung als befristete resp. bedingte Forderung nach K.-O. § 58 resp. 60 geltend gemacht werden kann.

Einen *früheren* Zeitpunkt, als den der Aufwendung, können die Parteien für die Regreßforderung nicht festsetzen. Ist dem Geschäftsführer ein Vorschuß versprochen, so hat das nur die Wirkung, daß der Geschäftsführer keine Auslagen zu machen braucht und daher mit der Vornahme des Geschäftes auf Gefahr des Geschäftsherrn so lange warten darf, bis ihm die in Aussicht ge-

[28]) *Dernburg*, Pandekten, Bd. I, § 274, Note 8 f.

[29]) Vgl. unten VII.

stellten Mittel gewährt werden. Eine a. mand. contr. auf Leistung des Vorschusses ist m. E. unmöglich, weil sie mit dem Widerrufsrecht des Auftraggebers in unlöslichem Widerspruch steht[30]).

III. Inhalt des Regresses. Regreß und Schadensersatz.

Was uns ferner berechtigt einen weiteren Begriff der Geschäftsführung aufzustellen, ist der specifische Inhalt des aus allen Thatbeständen dieser Art hervorgehenden Regresses: der Geschäftsführer kann den Ersatz der Auslagen verlangen, welche er nothwendiger resp. nützlicher Weise im Interesse des Geschäftsherrn vorgenommen hat. Der Umfang seines Anspruches bestimmt sich also:

1. nicht durch vorhergehenden Konsens der Parteien, wenn auch Verabredungen modificirend auf den Regreß einwirken können;

2. nicht durch das Maß des Nutzens (Bereicherung resp. Ersparniß), den er dem Geschäftsherrn verschafft hat, denn die Auslagen des Geschäftsführers sind bald geringer als der Vortheil des Geschäftsherrn, wenn nämlich die Geschäftsführung ökonomisch erfolgreich war, bald größer als der erzielte Nutzen, wenn sich die Gestion als kostspielig[31]) oder resultatlos erweist. Nur zufällig wird sich der Betrag der Aufwendungen des Geschäftsführers genau mit der Bereicherung des Geschäftsherrn decken, z. B. wenn der Gestor eine fällige Schuld des D bezahlt;

---

[30]) Allerdings wird eine Klage dieses Inhalts in fr. 12 § 17 mand. 17, 1 gewährt: idem Marcellus scribit, si, ut post mortem sibi monumentum fieret, quis mandavit, heres eius poterit mandati agere. illum vero qui mandatum suscepit, si sua pecunia fecit, puto agere mandati, si non ita ei mandatum est, ut sua pecunia faceret monumentum. potuit enim agere etiam cum eo qui mandavit, ut sibi pecuniam daret ad faciendum, maxime si iam quaedam ad faciendum paravit. Jedoch ist der Text anerkanntermaßen verderbt. Vgl. Lenel, Paling. Ulp. 912. Den hervorgehobenen Zwischensatz halte ich sicher für eingeschoben. Vgl. auch Entwurf, Motive, Bd. II, S. 540.

[31]) fr. 27 § 4 mand. 17, 1. impendia mandati exequendi gratia facta si bona fide facta sunt, restitui omnimodo debent, nec ad rem pertinet, quod is qui mandasset potuisset, si ipse negotium gereret, minus impendere.

3. der Umfang des Regresses bestimmt sich vielmehr nach dem Maß der Vermögensverminderng, welche sich der Geschäftsführer selbst zugefügt hat. Daraus ergibt sich eine Aehnlichkeit von Regreß und Schadensersatz. Jedoch ist es m. E. sprachlich und sachlich unrichtig beide Begriffe zu identificiren, wie das z. B. bei Windscheid[32]) geschieht, welcher seine Grundsätze über „Leistung des Interesses" unterschiedslos aus Entscheidungen über Schadensersatz wie aus solchen über Regreß abstrahirt[33]). Regreß und Schadensersatz haben vielmehr nur das Eine gemeinsam, daß es sich in beiden Fällen um die Ausgleichung einer Vermögensverminderung handelt, sie unterscheiden sich aber wesentlich durch die Ursache des auszugleichenden Nachtheils.

Schaden ist ein Vermögensnachtheil, den Jemand ohne sein eigenes Zuthun und gegen seinen Willen erlitten hat, Regreß wird genommen für einen Nachtheil, den man sich freiwillig in fremdem Interesse zugefügt hat. Diese Verschiedenheit in der Entstehung des Vermögensnachtheiles, dessen Ersatz verlangt wird, ist nicht ohne Einfluß auf das Maß und die nähere Bestimmung der Ausgleichung[34]). Der Schadenerfatzanspruch wird dem Beschädig-

---

[32]) Pandekten, §§ 257 und 258. Daß Windscheid die Aufopferungen des Geschäftsführers unter den Begriff des „Schadens" subsumirt, läßt sich auch aus dem Text zu § 410 Note 18 entnehmen: „Den Schaden, welchen der Beauftragte bloß bei Gelegenheit der Ausführung des Auftrages erleidet, bekommt er nur dann ersetzt, wenn dabei den Auftraggeber ein Vorwurf trifft". Offenbar ist als Gegensatz gedacht: der „Schaden", den der Beauftragte durch die Ausführung des Auftrages erleidet, d. h. die Aufwendungen.

[33]) Die Unzuträglichkeiten eines zu sehr verallgemeinernden Gebrauchs des Wortes „Schadensersatz" und die sich daraus hin und wieder in der Praxis ergebenden falschen Entscheidungen hat bereits Degenkolb (Archiv f. civil. Pr. Bd. 76, S. 1 f., besonders S. 29 f.) in überzeugender Weise hervorgehoben. Besonders charakteristisch in dieser Richtung ist eine von Degenkolb S. 34 angeführte österreichische Entscheidung, in welcher die a. mand. contr. des Wechselacceptanten gegen den Aussteller wegen unterbliebener Einlösung des Wechsels als Schadensersatzklage bezeichnet und behandelt wird.

[34]) Vgl. die zutreffenden Ausführungen von Mommsen, Beiträge II S. 36 f.

ten durch ein Ereigniß, an dem sein Willen nicht betheiligt ist, aufgedrungen als Surrogat für einen anderen Vermögensbestandtheil, den er nicht hat aufgeben wollen; den Regreßanspruch erwirbt der Geschäftsführer durch sein eigenes Handeln an Stelle eines Vermögenswerthes, dessen er sich freiwillig entäußert. Die Gründe, welche bei Bemessung und inhaltlicher Bestimmung des Schadenersatzes zu Gunsten des Beschädigten sprechen, fallen beim Regreßanspruch weg. Der Geschäftsführer kann sich nicht, wie der Geschädigte, darüber beklagen, daß sein Vermögen zu Unrecht vermindert worden sei, und Wiederherstellung desselben verlangen, er beansprucht blos die Rückerstattung dessen was er für den Geschäftsherrn freiwillig — dann auch da, wo eine Pflicht zur Verwendung vorlag, war diese Verpflichtung freiwillig übernommen — hingegeben hat; sein Anspruch bemißt sich daher nicht wie der Schadenersatz nach der Differenz in seiner gesammten Vermögenslage vor und nach dem Ereigniß, sondern nach dem Werth dessen, was er aufgeopfert hat. Der Regreß ist seinem Inhalte wie seiner Entstehung nach verwandt mit dem Gedanken der Realkontrakte, namentlich des Darlehns. Der Geschäftsführer erwirbt seinen Anspruch durch seine Leistung, während die Schadensersatzklage ohne sein Wissen und Wollen entsteht. Damit hängt es auch zusammen, daß man vom Regreßkläger Rechnungslegung als Voraussetzung seines Anspruches verlangen kann, während beim Schadenersatz dem Kläger zwar der Beweis seines Schadens obliegt, dieser Beweis aber da, wo er eben durch die Folgen des schadenbringenden Ereignisses erschwert ist, nicht strikt geführt zu werden braucht.

Die verwirrende Unterstellung der Regreßansprüche unter den Begriff des Interesses ist kein Fehler der Römer, sondern eine Wirkung der generalisirenden Tendenz unserer Rechtswissenschaft. Meines Wissens wird der Regreßanspruch des Geschäftsführers in den Quellen nie mit dem Ausdruck quanti eius interest oder interfuit bestimmt; der Geschäftsführer klagt: de pretio reciperando[35]) oder de eo quod impendit, oder es wird in ähnlichen

[35]) fr. 12 § 9 mand. 17, 1.

Ausdrücken auf die Verwendung als Maß des Erstattungsanspruchs hingewiesen, nie auf die Differenz, welche in Folge der Verwendung im Vermögen des Geschäftsführers entstanden ist. Wo die Quellen am genauesten reden, da heißt es, der Geschäftsführer dürfe verlangen: quidquid eo nomine vel abest ei vel afuturum est (fr. 2 de n. g. 3, 5).

Dies Auseinanderhalten von Regreß und Schadensersatz ist um so mehr geboten, als sich bisweilen innerhalb derselben actio (z. B. mandati, pro socio, depositi) neben dem Regreßanspruch ein Schadensersatzanspruch vorfindet, gerichtet auf Ausgleichung des Nachtheils, den der Mandatar u. s. f. bei Ausführung des Auftrags nicht sich zugefügt, sondern erlitten hat[36]). Ob dieser Anspruch ein Verschulden des Mitkontrahenten voraussetzt, oder auch aus zufälliger Schädigung entsteht, ist bekanntlich kontrovers[37]); uns interessirt hier die Abgrenzung gegenüber dem unbestrittenen Regreßanspruch. In abstracto läßt sich der Gegensatz leicht formuliren, im einzelnen Falle kann es aber fraglich werden, ob man Aufwendung oder zufällige Schädigung anzunehmen hat. Denn der Geschäftsführer hat seine Sache nicht nur dann aufgeopfert, wenn er sie unmittelbar (corpore corpori) vernichtet oder beschädigt, sondern auch dann, wenn er die Sache einer

---

[36]) Nur die Funktion des Schadensersatzes, nicht die des Regresses, hat m. E. die a. mand. contr. im Fall des sog. mand. qualificatum, wie denn überhaupt der Mandatar in diesem Verhältnisse nicht als Geschäftsführer auftritt, sondern zu eigenem Nutzen handelt. Vgl. oben Note 3. Daß trotzdem nicht er, sondern der mandator das Risiko dieser Handlung trägt, ist die Wirkung des von den Römern in die Form eines Mandats gekleideten Garantieversprechens, welches, wie wir oben S. 28 Note 19 gesehen haben, beim echten Mandat zur Begründung des Regresses nicht nothwendig ist. Kreditmandat und Auftrag sind m. E. wesentlich verschiedene Geschäfte. In diesem Sinne neuerdings Sokolowski, die Mandatsbürgschaft, a. M. Stammler, Arch. f. civ. Prax., Bd. 69, S. 64 und Geib, Zur Dogmatik des Bürgschaftsrechtes, S. 150: „Die rechtliche Natur der in Mandatsform übernommenen Garantiepflicht — weist keinerlei Besonderheiten auf gegenüber den gewöhnlichen ex mandato sich ergebenden Verbindlichkeiten".

[37]) Vgl. über diese Frage neuestens Unger, Handeln auf fremde Gefahr, S. 22f. (S. A. aus Jahrb. f. Dogm. Bd. 33).

Beschädigung aussetzt (si occasionem damni praestat), und diese Beschädigung thatsächlich eintritt. Nur muß, damit von Verwendung die Rede sein kann, eine im Bewußtsein der Gefährdung vorgenommene Handlung des Geschäftsführers vorliegen, sonst haben wir es mit einem bei Gelegenheit der Geschäftsführung erlittenen Schaden zu thun. Einen Schaden, der sich nachträglich als nothwendige Folge der Ausführung des Auftrags herausstellt, unter den Begriff der Verwendungen zu stellen, wie das z. B. von Schneider in seinem Kommentar zum Schweizer Obligationenrecht zu Art. 400 geschieht, ist ein Verfahren, welches zu einer Vermengung unter sich verschiedener Begriffe führt. Es ist zuzugeben, daß die Unterscheidung zwischen Verwendung und Schaden in diesen Fällen schwierig werden kann, weil sich jede mögliche Gefahr in abstracto voraussehen läßt, doch muß man hier mit Hülfe der concreten Umstände und der Lebensanschauung eine Grenze ziehen. So wird z. B. nicht anzunehmen sein, daß ein Mandatar, welcher im Interesse seines Auftraggebers eine Eisenbahnfahrt unternimmt, mit Rücksicht auf die Möglichkeit eines Eisenbahnunfalles seine körperliche Integrität gefährdet und daher bei Beschädigung den Ersatz unter dem Gesichtspunkt der Verwendung verlangen kann. — Wenn, umgekehrt, einmal ein Schaden eingetreten ist, welcher zu seiner Aufhebung oder Verminderung Kostenaufwand erfordert, so sind diese Kosten als Bestandtheil des Schadensersatzes zu beurtheilen und nicht als impensae, wie das in ungenauer Weise in fr. 26 § 6 mand. 17, 1 geschieht: non omnia quae impensurus non fuit mandator, imputabit (sc. mandatarius), veluti quod spoliatus sit a latronibus aut naufragio res amiserit vel languore suo suorumque adprehensus quaedam erogaverit. Diese sog. impensae sind Verwendungen nicht in fremdem, sondern wenigstens vorwiegend in eigenem Interesse und daher dem Mitkontrahenten nur soweit anzurechnen, als er für das Ereigniß, welches sie nothwendig machte, einzustehen hat.

IV. Arten der Aufwendung.

1. Erogatio.

Der Regreßanspruch des Geschäftsführers entsteht, wie wir gesehen haben, aus der Thatsache der Aufwendung eigenen Vermögens in fremdem Interesse.

In Folge dessen ist der Regreß in Art und Maß abhängig von Beschaffenheit und Größe der Aufwendung. Da nun das Vermögen aus Aktiven und Passiven besteht, so kann es gemindert werden:

1. durch Abnahme der Aktiven,
2. durch Zunahme der Passiven.

Da wir mit diesem Gegensatz im weiteren Verlauf unserer Untersuchung viel zu operiren haben, so wäre eine kurze Bezeichnung für jede der beiden Arten von Vermögensopfern des Geschäftsführers sehr erwünscht.

Für das Eingehen von Verbindlichkeiten im Interesse eines Anderen haben die Römer den Ausdruck intercessio, der seine nähere Bestimmung mit Rücksicht auf das Sc. Velleianum erhalten hat, so daß man von dem weiteren Begriff der intercessio einen engeren: die ungültige Intercession der Frauen unterscheiden muß[38]). Wir werden das Wort intercessio in der allgemeineren Bedeutung gebrauchen. Es fehlt uns noch ein Ausdruck für die Aufopferungen, die der Geschäftsführer seinem Aktivvermögen entnimmt. In den Quellen findet sich kein Wort, welches diese Art von Verwendungen (das id quod abest) im Gegensatz zu den Fällen des intercessio (dem id quod afuturum est) bezeichnet. Vielleicht eignet sich „erogatio“ am besten dazu, diese technische Bedeutung in sich aufzunehmen[39]). Wir zerlegen demgemäß alle Vermögensopfer des Geschäftsführers in die beiden Kategorien der erogationes und intercessiones.

Zu den Erogationen gehört jedes Aufgeben eines Vermögensrechts, ob nun dasselbe ein dingliches oder obligatorisches sei (von

---

[38]) Windscheid, Pandekten, § 485 Note 2.

[39]) Das Wort „Auslage“ ist nur für Verwendungen, die in baarem Gelde bestehen, gebräuchlich.

den verschwindend seltenen Fällen der Aufgabe eines „Rechts an unkörperlichen Sachen" durch den Geschäftsführer sehen wir dabei ab). Bei dem dinglichen Recht kommt fast nur das Eigenthum in Betracht und etwa noch die translative Uebertragung des Pfandrechts (Veräußerung einer Hypothek) zu Gunsten des Geschäftsherrn. Die konstitutive Zuwendung eines Pfandrechts ist, wie wir weiter unten sehen werden, mit besserem Grund zu den Intercessionen zu stellen.

Die Aufopferung eines Eigenthumsrechts durch den Geschäftsführer (G) kann in zwei verschiedenen Formen erfolgen:

a) durch Veräußerung des Rechts an eine dritte Person zum Nutzen des Geschäftsherrn (D), indem z. B. G mit eigenem Gelde eine Schuld des D tilgt resp. eine für das Vermögen oder die Person des D nothwendige Sache anschafft, oder eine eigene Sache verkauft, um den Erlös zu solchen Zwecken zu verwenden. (Zuwendung einer eigenen Sache des G an D kann nicht Geschäftsführung sein, sondern ist Kauf oder Tausch)[40];

b) durch Verwendung einer eigenen Sache des G zu Nutzen des D: der Geschäftsführer füttert die Sklaven oder Thiere des D aus eigenen Vorräthen, oder er reparirt eine Sache des D mit eigenem Material. Auch in diesem Fall verliert G ein Eigenthumsrecht, aber nicht wie bei a) durch Uebertragung seines Rechts, sondern durch Untergang der Sache. Die Folge einer Veräußerung

---

[40]) Eine Kombination von Kauf und Geschäftsführung liegt vor, wenn die Sache, welche G dem D verschaffen soll, zum Theil dem G, zum anderen Theil einer dritten Person gehört. In diesem Falle zweifelten die römischen Juristen, ob der Kauf der portio des G als Bestandtheil des Auftragsverhältnisses zu betrachten und daher gewissen Rechtssätzen des Mandats (Endigung durch Tod der Parteien, Widerruf) zu unterwerfen sei; vgl. darüber fr. 22 § 4, fr. 34 § 1—36 § 1 mand. 17, 1. In anderer Beziehung blieb das Geschäft trotz der Einkleidung in die a. mandati jedenfalls dem Rechte des Kaufs unterworfen fr. 34 § 1 cit. in f.: sed et si mandati agendum esset, eadem praestanda, quae praestarentur, si ex empto ageretur (wobei wohl vor Allem an das habere licere zu denken ist, wofür der Mandatar nicht haftete). — In anderer Art entsteht ein aus Elementen des Kaufs und des Mandats gemischter Thatbestand durch den Selbsteintritt des Kommissionärs.

ist ein Rechtserwerb eines Dritten und zugleich eine ökonomische Verbesserung der Vermögenslage des D: die Wirkung einer Verwendung äußert sich nur in der letzteren Richtung: der wirthschaftliche Werth der untergegangenen Sache findet sich im Vermögen des Geschäftsherrn wieder, indem einzelne Vermögensstücke an Werth zugenommen haben oder von einer drohenden Werthverminderung verschont geblieben sind.

Bei Veräußerung so gut wie bei Verwendung hat der Geschäftsführer ein Eigenthumsrecht aufgeopfert, und da sich sein Regreß nach seiner Aufopferung bestimmt, so hat er in beiden Fällen dasselbe zu verlangen: nämlich den Geldwerth des verlorenen Eigenthums im Moment des Verlustes (vorausgesetzt, daß die übrigen Erfordernisse des Regresses, voluntas domini oder utilitas negotii vorhanden sind). Daß der Geschäftsführer den Geldwerth und nicht etwa die Rückgabe der aufgeopferten Sache beanspruchen darf, ergibt sich bei Verlust einer species von selbst: denn die Wiederverschaffung der Sache ist hier den Geschäftsherrn entweder objectiv oder subjectiv unmöglich, je nachdem ob Verwendung oder Veräußerung vorlag, und in beiden Fällen beruht dieser Zustand auf einer eigenen Handlung des G. Dagegen könnte man bei Aufopferung von vertretbaren Sachen an eine Rückgabepflicht des Geschäftsherrn denken und in der That gibt es einen Ausspruch in den Quellen, der diese Ansicht unterstützt[41]). Allein diese Stelle handelt von der a. depensi des sponsor[42]) und ist daher nicht maßgebend für die übrigen Regreßklagen, welche sämmtlich ex bona fide zu beurtheilen sind. Bei diesen Klagen finden wir nirgends eine Andeutung dafür, daß der Regredient etwas anderes als Geld verlangen dürfe oder annehmen müsse,

---

[41]) fr. 52 mand. 17, 1: fideiussorem si sine adiectione bonitatis tritici pro altero triticum spopondit, quodlibet triticum dando reum liberare posse, existimo: a reo autem non aliud triticum repetere poterit, quam quo pessimo tritico liberare se a stipulatore licuit. itaque si paratus fuerit reus, quod dando ipse creditori liberari potuit, fideiussori dare et fideiussor id quod dederit, id est melius triticum, condicet exceptione eum doli mali summoveri existimo.

[42]) Lenel, Paling. Javolenus No. 71.

und das scheint mir nicht eine bloße Konsequenz der condemnatio pecuniaria, sondern ein materieller Rechtssatz zu sein, der den Verhältnissen am besten gerecht wird[43]).

Der Geldwerth der aufgewendeten Sachen ist in der Regel nach objectivem Maße abzuschätzen. Ein darüber hinausgehendes Interesse an der aufgeopferten Sache, namentlich ein damit verbundenes lucrum cessans darf der Geschäftsführer nur ausnahmsweise liquidiren, wenn er nämlich beweist, daß besondere unabwendbare Umstände ihn verhindert haben, andere Mittel zu den Zwecken der Geschäftsführung herbeizuschaffen[44]). Hierin offenbart sich der prinzipielle Gegensatz von Regreß und Schadensersatz: in letzterem Falle wird dem Kläger, da er ohne seinen Willen einen Nachtheil erlitten hat, das volle Interesse vergütet und eine Verpflichtung, den Schaden abzuwenden resp. zu vermindern, nur in den engern Grenzen der compensatio culpae anerkannt.

Nur in einer Beziehung kommt das lucrum cessans des Geschäftsführers regelmäßig in Betracht: der Regreßanspruch ist verzinslich; denn der Zinsverlust ist die normale und meist unvermeidliche Folge einer Auslage.

Für die Schätzung des Geldwerths der Aufwendung kommt ausschließlich der Moment der Aufopferung in Betracht. Der Geschäftsführer hat gewissermaßen seine Sache gegen einen Anspruch auf deren damaligen Geldwerth eingetauscht. Daher sind spätere Ereignisse, welche die Sache treffen, wie z. B. Werthverminderung, Wertherhöhung, Untergang, für den Anspruch des Geschäftsführers ohne Bedeutung: er hat die Sache mit all ihren Chancen, günstigen und ungünstigen, wie sie im Werth escomptirt waren, hergegeben.

fr. 37 mand. 17, 1: hominem certum pro te dari fideiussi et solvi: cum mandati agatur, aestimatio eius ad id potius tempus, quo solutus sit, non quo agatur, referri debet, et ideo etiamsi mortuus fuerit, nihilo minus utilis ea actio est[45]).

---

[43]) Mommsen, Interesse, S. 39.

[44]) Mommsen a. a. O. S. 38, Note 25 a. E.

[45]) cf. fr. 50 § 1 eod.: sive (sc. fideiussor) Stichum solvit isque

Beim Schadensersatz verhält es sich zum Theil anders: Zwar wird ein einmal entstandener Ersatzanspruch durch spätere Ereignisse, welche die vernichtete Sache, wenn sie noch existirte, getroffen hätten, nicht vermindert[46]), aber eine Preissteigerung, welche nach dem schadenstiftenden Ereigniß, aber noch vor dem Urtheil eingetreten ist, würde nach heutigem Rechte berücksichtigt werden[47]), während sie für die Regreßklage wirkungslos bleibt.

Die Aufwendung des Geschäftsführers kann, wie wir oben S. 38 gesehen haben, auch darin bestehen, daß er ein Forderungsrecht im Interesse des Geschäftsherrn aufopfert. Auch hier kann der Rechtsverlust des Geschäftsführers erfolgen durch Veräußerung oder Verwendung. Ersteres liegt vor, wenn der Geschäftsführer sich einer eigenen Forderung durch Cession oder Delegation zum Vortheil des Geschäftsherrn begibt (z. B. eine Schuld des Geschäftsherrn damit begleicht oder die Mittel zur Geschäftsbesorgung sich beschafft). Als Verwendung einer Forderung kann man den Fall bezeichnen, daß der Geschäftsführer eine Forderung im Interesse des Geschäftsherrn vernichtet d. h. einzieht, um dem Erlös in negotiis domini zu verbrauchen. Der Regreß geht auf den Geldwerth der Forderung zur Zeit ihrer Aufopferung; im Fall der Veräußerung bestimmt sich der Geldwerth nach dem Betrage, zu welchem der Erwerber die Forderung als Zahlung annahm resp. gegen welchen er die Forderung an sich brachte[48]). Später eintretende Werthverminderung der Forderung beeinflußt den einmal entstandenen Regreßanspruch nicht:

---

decessit aut debilitate flagitiove ad nullum pretium sui redactus est, id (sc. quanti erat cum solvebatur) mandati iudicio consequetur.

[46]) Windscheid, Pandekten, § 258, Note 15, in diesem Punkte übereinstimmend mit Dernburg, Bd. II, § 45, Note 8 und Brinz, Pandekten, § 281 C, Note 4.

[47]) Windscheid a. a. O. Note 8. Mommsen, Interesse, S. 228. Für die aquilische Klage gilt freilich in Rom der Satz: retrorsum quanti plurimi fuit inspicitur (fr. 23 § 2 ad. l. Aq. 9, 2) durch welchen die Berücksichtigung einer späteren Preissteigerung ausgeschlossen war.

[48]) Es sei denn, daß der Geschäftsführer durch die Rücksicht auf das Interesse des Geschäftsherrn genöthigt war, die Forderung unter ihrem Werth zu veräußern.

fr. 26 § 2 mand. 17, 1: abesse intellegitur pecunia fideiussori etiam si debitor ab eo delegatus sit creditori, licet is solvendo non fuerit, quia bonum nomen facit creditor, qui admittit debitorem delegatum.

fr. 18 de fidej. 46, 1: qui debitorem suum delegat, pecuniam dare intellegitur, quanta ei debetur: et ideo si fideiussor debitorem suum delegaverit, quamvis eum qui solvendo non erat, confestim mandati agere potest.

In beiden Stellen ist offenbar vorausgesetzt, daß die Delegation zum Nennwerth geschehen war: damit ist zugleich bewiesen, daß der damalige Werth der Forderung trotz der schon bestehenden Insolvenz des Schuldners dem Nominalbetrag gleichkam.

Ebensowenig wie eine Werthverminderung kann eine spätere Werthsteigerung der abgetretenen Forderung den Regreßanspruch afficiren.

Wir haben bisher bei den Auslagen den einfacheren Fall betrachtet, daß der Geschäftsführer eigene Vermögenswerthe aufopfert. Ist dies ein wesentliches Erforderniß des Erstattungsanspruchs, oder kann der Geschäftsführer den Werth der aufgewendeten Sachen auch dann verlangen, wenn sie einem Dritten gehörten und auf irgendwelchem Wege[49]) in die Hände des Geschäftsführers gekommen waren? Quellen und Literatur geben keine präcise Antwort. Sehen wir uns nach Analogieen um, so finden wir zwei Sätze:

a) Der Verkäufer einer fremden Sache kann den Kaufpreis verlangen, so lange die Eviktion noch nicht droht[50]).

b) Beim Darlehen wird die mangelnde Eigenthumsverschaffung dadurch ersetzt, daß der Empfänger das Hingegebene in redlicher Weise verbraucht[51]).

---

[49]) Außer durch ein animo negotia gerendi abgeschlossenes Anschaffungsgeschäft. In diesem Fall liegt Interceſſion vor, d. h. das Vermögensopfer des Geschäftsführers besteht nicht in den Werthen, die er dem D verschafft hat, sondern in der Obligation, welche er zu diesem Zwecke auf sich genommen hat.

[50]) Windscheid, Pandekten, § 389, Note 8f.

[51]) Windscheid, Pandekten, § 370, Note 8.

Sind diese Analogieen für die Geschäftsführung maßgebend? Ich glaube nicht; denn der Regreß des Geschäftsführers ist abhängig von seinem Vermögensverlust und soll ihm ersetzen quod ei abest, muß daher fehlen, wenn die Aufopferung nur eine scheinbare ist, weil die aufgewendeten Werthe nicht dem Vermögen des Geschäftsführers entnommen sind. Bei Kauf und Darlehen ist zwar auch eine Abhängigkeit der Forderung von der eigenen Leistung des Gläubigers vorhanden, aber sie ist anders geartet: der Verkäufer kann das Kaufgeld nur verlangen, wenn er das habere licere verschafft hat, der Darlehensgläubiger die Summe nur fordern, wenn er das Geld in das Eigenthum des Schuldners gebracht hat, aber ist das geschehen, so ist es gleichgiltig, durch welche Mittel und Aufwendungen der Gläubiger dies Resultat erzielt hat: seine Forderung beruht auf dem Versprechen der Kaufsumme resp. der Rückgabe der Darlehenssumme und ist nur abhängig von einem Erwerb des Beklagten, nicht aber von einem Vermögensverlust des Klägers.

Wenn wir annehmen, daß der Geschäftsführer keinen Ersatz für die Aufwendung fremder Werthe verlangen kann, so ist damit nicht gesagt, daß er die Zugehörigkeit der aufgeopferten Sachen zu seinem Vermögen *nachzuweisen* hätte. Dem Geschäftsführer steht m. E. eine praesumptio hominis zur Seite, wie ja auch der Darlehensgläubiger nicht zu beweisen braucht, daß das hingegebene Geld in seinem Eigenthum stand. Aber der Geschäftsherr kann die Erstattung der Auslagen verweigern, wenn er beweist, daß sie aus dem Vermögen eines Dritten stammen; er wird das namentlich dann thun, wenn der Dritte sich bei ihm meldet und Ansprüche aus ungerechtfertigter Bereicherung gegen ihn erhebt[52]).

[52]) Anders verhält es sich bei einem mit fremdem Gelde gegebenen Darlehn: Hat der Empfänger das Geld in gutem Glauben konsumirt, so ist das Darlehn gültig geworden und deshalb kann nicht davon die Rede sein, daß der Empfänger, der ex mutuo Schuldner ist, eine grundlose Bereicherung erhalten hätte; der ehemalige Eigenthümer des Geldes kann sich nur an den Darleiher, nicht an den Empfänger halten. *Dernburg*, Pandekten, Bd. II, § 86, Note 4. Im Konkurse des Darleihers hat der Geldeigenthümer nach K.-O. § 38 ein Aussonderungsrecht an der Darlehensforderungsrecht, vgl. den Kommentar von *Petersen* u. *Kleinfeller*,

In Ermangelung eines Erstattungsanspruches kann für den Geschäftsführer aus der Aufwendung fremder Sachen ein Regreß anderer Art entstehen, wenn er dem Eigenthümer der betreffenden Sache zur Rückgabe verpflichtet ist. Der Geschäftsführer hat sich dann durch die Verwendung mit einer Schuld belastet. Erst durch die Verwendung: denn so lange er die zu restituirenden Sachen noch in natura besaß, war die Verpflichtung, sie herauszugeben, kein Passivum seines Vermögens, weil er sie ohne Vermögensopfer erfüllen konnte[53]). Der Schuldbelastung des Geschäftsführers entspricht aber ein Regreß, dessen Inhalt, wie wir unter V näher ausführen werden, Schuldbefreiung ist[54]). Erst nachdem der Geschäftsführer dem Eigenthümer der verwendeten Sachen Ersatz geleistet hat, kann er vom Geschäftsherrn Erstattung ihres Werthes verlangen[55]).

---

2. Aufl., S. 200. Dieser Hülfe bedarf der Eigenthümer, dessen Sachen von einem Unberechtigten in den Nutzen eines anderen (D) verwendet wurden, nicht, denn er hat von vornherein gegen D eine Bereicherungsklage, solange D noch nicht an seinen Geschäftsführer gezahlt und damit seine Bereicherung ausgeglichen hat.

[53]) Brinz, Pandekten, Bd. II, S. 33 f.

[54]) Daß wir die „Geschäftsführung durch Verwendung fremder Werthe" nicht zur Intercession rechnen, obgleich sie in ihren Wirkungen mit dieser übereinstimmt, beruht auf der Verschiedenheit des Thatbestandes: Die Geschäftsführung erscheint in diesen Fällen äußerlich als Erogation und erfolgt bei bona fides des Geschäftsführers animo erogandi: er glaubt einen Anspruch auf Erstattung zu erwerben, welcher sich jedoch in Folge des mangelnden Eigenthums als Liberationsanspruch erweist. Nur wenn G wissentlich vertragswidrig gegen C handelt, um das Interesse des D zu befördern, liegt ein wirklicher Fall der Intercession vor, vgl. unten VI, 3 S. 66.

[55]) Die einzige mir bekannte Stelle, welche die von uns besprochenen Fälle berührt, ist fr. 94 § 2 de solut. 46, 3: sed et si fideiussor alienos nummos in causam fideiussionis dedit, consumptis his mandati agere potest. Soweit scheint die Stelle gegen meine Ansicht zu sprechen, indem Papinian, wie es scheint, dem Mandatar (nach Analogie des Darlehns) einen Regreß, doch wohl auf Erstattung, zuspricht, obwohl ei nihil abest. Allein die folgenden Worte: et ideo si eam pecuniam solvit, quam subripuerat, mandati aget, postquam furti vel ex causa condictionis praestiterit, machen diese Auslegung zweifelhaft; denn wenn wirklich die con-

V. Arten der Aufwendung.

2. Intercessio.

Der Geschäftsführer kann dem Geschäftsherrn ein Vermögensopfer bringen, ohne den Aktivbestand seines eigenen Vermögens anzugreifen: indem er sich mit Obligationen belastet. Bei Aufstellung einer Vermögensbilanz scheint die Vermögensbelastung in gleicher Weise wie die „erogationes“ eine Verminderung des Reinvermögens zu bewirken, jedoch unterscheidet sich der Vermögensverlust durch intercessio von dem durch erogatio in zwei Richtungen:

1. er kommt nicht sofort zur praktischen Geltung, sondern erst, wenn die Schuld zu zahlen ist;

2. der Verlust ist kein definitiver, denn die Schuld kann in anderer Weise als durch Zahlung aus dem Vermögen des Geschäftsherrn untergehen. In diesem Sinne kann man den Verlust des Geschäftsführers durch Interception mit dem Ausdruck des Pomponius (fr. 9 § 3 quod m. c. 4, 2) eine res imperfecta nennen, im Gegensatz zu dem Verlust bei erogatio, welcher als res perfecta zu bezeichnen wäre. Denn durch die Belastung ist nur der Grund zu einer künftigen und mehr oder minder gewissen Vermögensminderung gelegt, das Vermögen nicht sowohl geschädigt, als gefährdet. Diese Verschiedenheit zwischen erogatio und intercessio spiegelt sich wieder in dem Inhalt der Regreßforderung, welche ja aus der Aufwendung entsteht und da-

---

sumptio nummorum beim Mandat, wie beim Darlehen, zur Begründung der Klage genügte, so würde in der a. mand. contr. des Bürgen die Frage, ob das Geld ihm gehörte resp. ob es gestohlen war oder nicht, gar nicht zur Sprache kommen können. Und doch setzt Papinian voraus, daß der Bürge abgewiesen wird, wenn er gestohlenes Geld gezahlt hat und Erstattung verlangt, ohne den Eigenthümer entschädigt zu haben. Deshalb glaube ich den ersten Satz der Stelle so interpretiren zu müssen und zu dürfen, daß Papinian nur die Zulässigkeit der Mandatklage feststellt, ohne ihren Inhalt zu präcisiren. — Die Auslegung des Cujacius ed. Nap. IV p. 185 A. beruht auf dem irrthümlichen Satz, daß die Durchführung der cond. furtiva die Vindikation zerstöre. Erstens ist das nicht wahr, und zweitens ist in unserer Stelle die vind. nummorum schon vor Anstellung der cond. furt. in Folge der Konsumption unmöglich geworden.

her der Aufwendung in Maß und Art entsprechen muß. Bei der erogatio handelt es sich um einen objektiv bestimmten und definitiven Vermögensnachtheil; der Geschäftsführer hat demgemäß die Zahlung einer festen Geldsumme zu fordern: sein Regreß geht auf Erstattung. Das Vermögensopfer des intercedirenden Geschäftsführers läßt sich nicht in dieser Weise zu Geld abschätzen: wollte man ihm, bevor er gezahlt hat, einen Anspruch auf den Geldbetrag der eingegangenen Verpflichtung gewähren, so würde er mehr erhalten, als er aufgewendet hat, er würde eine gegenwärtige Einnahme gegen eine zukünftige Ausgabe eintauschen. Diesem Mißstand wäre durch Abzug des Interusurium nur unvollkommen abgeholfen, denn es bliebe immer noch unberücksichtigt, daß es ungewiß ist, ob die Obligation zu einer Verminderung des schuldnerischen Vermögens führt; der Intercedent könnte bei Wegfall der Schuld (durch Verjährung, Präklusion u. s. w.) aus der Geschäftsführung einen Gewinn behalten[56]). Wenn sich so bei der Intercession ein auf Geld gerichteter Regreß als unangemessen erweist, so bietet sich andrerseits die Möglichkeit einer Naturalrestitution[57]): der Vermögensnachtheil, der durch Schuldbelastung herbeigeführt wird, kann vollkommen wieder aufgehoben werden, indem die Schuld dem Geschäftsführer abgenommen wird. Der Regreß aus Intercession ist demgemäß auf Liberation gerichtet[58]). Dies ist in den Quellen prinzipiell ausgesprochen für das Mandat.

[56]) Wollte man andrerseits den Intercedenten mit seinem Regreß warten lassen, bis er gezahlt hätte und auf Ersatz der effektiv eingetretenen Vermögensverminderung klagen könnte, so würde darin in den meisten Fällen eine große Härte gegen den Geschäftsführer liegen, er wäre genöthigt, um den schon erlittenen Nachtheil (die Belastung) auf den Geschäftsherrn abzuwälzen, erst noch die weiteren Nachtheile und Gefahren der Baarzahlung auf sich zu nehmen.

[57]) Bei Vermögensverlust durch Vernichtung oder Beschädigung von Sachen ist die Naturalherstellung mit großen Schwierigkeiten verbunden, wie Degenkolb, Archiv f. civil. Pr., Bd. 74, S. 1 f. namentlich S. 65 f. treffend nachgewiesen hat.

[58]) Mit dem Liberationsregreß des Intercedenten steht m. E. das Anwendungsgebiet des SC. Vellejanum in engem Zusammenhang: der Intercedent kann vom Geschäftsherrn Beseitigung des ihm drohenden Ver-

fr. 45 § 5 mand. 17, 1. quotiens autem ante solutam pecuniam mandati agi posse diximus, faciendi causa non

---

mögensverlustes verlangen und hat daher die Aussicht auf unversehrte Erhaltung seiner Aktiva. Darin liegt eine Gefahr für optimistische und hülfbereite Gemüther, wie sie die Römer bei den Frauen voraussetzten. Zum Schutz der Frauen wurden durch das SC. Vell. „obligationes feminarum, quae pro aliis reae fierent", speciell fideiussiones und mutui dationes pro aliis für ungültig erklärt. Prätor und Juristen haben über die im SC. genannten zwei Beispiele hinaus eine Reihe von anderen Rechtsgeschäften, bei welchen die ratio Velleiana zuzutreffen schien, den Bestimmungen des SC. unterworfen und diesen Kreis der den Frauen verschlossenen Rechtsgeschäfte mit dem Namen „intercessio" bezeichnet. Unsere Jurisprudenz sucht den Grundgedanken des SC. in einem Satze zusammenzufassen und zugleich den Begriff der verbotenen Intercession zu definiren. Windscheid (§ 485, Note 3) formulirt das Prinzip des SC. in folgender Weise: „es soll Schutz gegen die Rechtsgeschäfte gewährt werden, welche die Frau deßwegen für ungefährlich hielt, weil sie vertraut, daß die Verbindlichkeit von demjenigen, welchen sie angeht, auch werde erfüllt werden". Gegen die Erheblichkeit des Vertrauens und Hoffens der intercedirenden Frau erklärt sich Brinz (II § 261, S. 232) und Dernburg (II § 84, N. 7), m. E. mit vollem Recht; denn die Ansicht Windscheid's würde, konsequent durchgeführt, ergeben, daß eine Intercession für einen Schuldner, dessen Insolvenz die Frau kannte oder voraussah, gültig sein müßte, weil die Frau nicht darauf rechnen konnte, daß ihr die Erfüllung der übernommenen Schuld erspart bleiben würde. Ein solches Resultat findet sich aber in den Quellen nirgends angedeutet, vielmehr wird in fr. 19 § 4 ad SC. Vell. 16, 1 eine Intercession für unwirksam erklärt, bei welcher die Frau sich gerade für den Fall der Zahlungsunfähigkeit des Schuldners verpflichtete. Und doch ist Windscheid's Auffassung der ratio Vellejana nicht sehr weit von der u. E. richtigen entfernt. Ich glaube, es kommt für das Vorliegen einer verbotenen intercessio nicht sowohl auf die schwer kontrollirbare und von faktischen Umständen abhängige Willensmeinung der Frau an, als vielmehr auf die rechtlichen Verhältnisse, welche durch ihr Eintreten für eine andere Person zwischen dieser Person und der Frau entstehen: überall, wo die Frau durch ihr Eintreten für einen Anderen gegen die begünstigte Person einen Anspruch auf Liberation erwirbt, also nicht erwarten, sondern verlangen kann, daß an ihrer Stelle der wahre Schuldner die übernommene Verbindlichkeit erfüllt, da gewährt ihr das SC. Schutz gegen den Gläubiger. Der Nachweis, daß der exc. SC. Vell. stets ein Liberationsanspruch der Frau zu Grunde liegt, daß ihr also durch das SC. nur das von Rechtswegen gewährt wird, was sie sonst durch Klage gegen den pro quo intercessit erreichen müßte, würde mich hier zur weit führen.

dandi tenebitur reus: et est aequum, sicuti mandante aliquo actionem nacti cogimur eam praestare iudicio mandati, ita ex eadem causa obligatos habere mandati actionem, ut liberemur.

Daſſelbe gilt für die negotiorum gestio:

fr. 45 § 2 eod. 17, 1. item si, dum negotia mea geris, alicui de creditoribus meis promiseris, et antequam solvas dicendum est, te agere posse, ut obligationem suscipiam.

und für alle Fälle der Geſchäftsführung, ſofern die Aufwendung des Geſchäftsführers in einer Obligirung beſteht. Denn wo die Quellen einfach ausſagen, daß der Regreß ſtatthaft iſt, auch bevor es zu einer „erogatio“ gekommen iſt, z. B.

fr. 14 § 15 de rel. 11, 7. qui mandatu alterius funeravit, non habet funerariam actionem, sed is scilicet, qui mandavit funerandum, sive solvit ei cui mandavit, sive debet;

fr. 6 contr. tut. 27, 4. si tutor pro pupillo se obligavit, habet contrariam actionem et antequam solvat;

wird nur der Entſtehungsmoment der Klage hervorgehoben, der Inhalt des Anſpruches dagegen nicht näher bezeichnet. Beim Schweigen der Quellen muß aber die Analogie vom Mandat und negotiorum gestio für alle Fälle der Geſchäftsführung maßgebend ſein[59]).

Zur Geſchäftsführung durch Interceſſion gehört auch die

[59]) Dem älteren Recht waren Anſprüche auf Liberation wahrſcheinlich unbekannt: man ließ den Kläger warten, bis ein greifbarer Nachtheil eingetreten war; auf dieſem Gedanken beruht die a. depensi des sponsor. Die Berückſichtigung eines drohenden Schadens gehört einer höheren Entwicklungsſtufe des Rechtes an: der fideiussor kann actione mandati u. U. Befreiung verlangen. Das engliſche Bürgſchaftsrecht ſchwankt heute noch zwiſchen dem vorzeitigen Regreß auf Zahlung der Schuldſumme und dem Erſtattungsregreß nach Zahlung des Bürgen, ohne den römiſchen Mittelweg des Liberationsanſpruches zu finden. Sedgwick, Damages Vol. II, § 784 f. — Ueber das ſpätere Aufkommen der obl. faciendi, zu denen der Liberationsanſpruch gehört, im Vergleiche zu den obl. dandi, vgl. Jhering (3. A.) III S. 251.

Verpfändung einer Sache in fremdem Interesse. Zwar könnte man darin eine „erogatio“ des Geschäftsführers sehen wollen, denn er vermindert seine Aktiva durch konstitutive Veräußerung eines dinglichen Rechts, aber der Verlust, dem er sich unterzieht, ist ebenso wie bei Eingehung einer Schuld, weder sofort wirksam noch definitiv, darum auch schwer in Geld zu schätzen; wenn vollends der Geschäftsführer das Pfand für eine Schuld bestellt, die er selbst im Interesse des Geschäftsherrn übernimmt, so erscheint der Verlust, den er durch Belastung seines Vermögens und eines einzelnen Aktivum erleidet, in seiner Vermögensbilanz als ein Passivum[60]), welchem daher auch nur ein Regreßanspruch gegenübersteht. Dieser Anspruch geht auf Befreiung von der obligatio rei[61]), nicht auf Zahlung des Minderwerths der belasteten Sache.

In der neueren Literatur ist die Liberationspflicht des Geschäftsherrn bei Mandat und negotiorum gestio meist ausdrücklich anerkannt[62]), nirgends bestritten, wenn auch bisweilen mit Stillschweigen übergangen[63]).

Dasselbe läßt sich von den modernen Gesetzbüchern sagen: Das Preußische Landrecht[64]), das Sächsische Ge-

---

[60]) Bekker, Pandekten, Bd. II, § 105, Note g.

[61]) fr. 38 mand. 17, 1 . . . . quaero, an domus pars, quam Titius obligandam filio suo accomodavit, arbitratu iudicis liberari debeat Marcellus respondit, an et quando debeat liberari, ex persona debitoris itemque ex eo, quod inter contrahentes actum esset, ac tempore, quo res de qua quaereretur obligata fuisset, iudicem aestimaturum.

[62]) Seuffert, Praktisches Pandektenrecht § 337, Note 2 und § 344, Note 4. Sintenis, Civilrecht, Bd. II, § 113, Note 57 und § 114, Note 68. Keller, Pandekten, § 314, Note 7. Arndts Pandekten, § 293, Note c und § 298, Note b. Brinz, Pandekten (2. Aufl.), Bd. II, § 334, Note 49. Dernburg, Pandekten (3. Aufl.), Bd. II, § 122, Note 29. Wendt, Pandekten S. 602.

[63]) Z. B. von Windscheid, Pandekten § 410, Nr. 2 und § 430, Nr. 2.

[64]) Titel 13, I, § 82, „der Machtgeber ist schuldig, den Bevollmächtigten von allen Verbindlichkeiten, welche derselbe bei Ausrichtung des Geschäfts gegen andere übernommen hat, zu befreien“.

setzbuch[65]) und das schweizerische Obligationenrecht[66]) gewähren dem Intercedenten einen auf Befreiung gerichteten Regreß; ebenso der Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuchs für Deutschland[67]); während der Code civil[68]) und das Oesterreichische Gesetzbuch[69]) allgemein den Ersatz der Aufwendungen vorschreiben, ohne den Fall, daß die Aufopferung des Geschäftsführers in seiner Obligirung besteht, besonders hervorzuheben.

Auch das Handelsgesetzbuch hat beim Kommissionsvertrage unseren Fall mit Stillschweigen übergangen:

Art. 371: „Der Kommittent ist schuldig, dem Kommissionär zu ersetzen, was dieser an baaren Auslagen oder überhaupt zum Vollzuge des Geschäfts nothwendig oder nützlich aufgewendet hat."

[65]) Bürgerliches Gesetzbuch § 1315: „der Auftraggeber ist verpflichtet, den Beauftragten von den für ihn übernommenen Verbindlichkeiten zu befreien, sofern nicht der Zweck des Auftrages darin besteht, daß der Beauftragte sich für ihn oder einen Anderen verpflichten soll, welchenfalls der Anspruch des Beauftragten auf Befreiung erst dann entsteht, wenn er zur Erfüllung der übernommenen Verbindlichkeit genöthigt ist."

[66]) Art. 400: „der Auftraggeber ist schuldig, — den Beauftragten von den eingegangenen Verbindlichkeiten zu befreien". Analog für die negotiorum gestio Art. 472.

[67]) Entwurf I, § 95, Abs. 3: „Unter der im ersten Absatze bezeichneten Voraussetzung ist der Auftraggeber auch verpflichtet, den Beauftragten von den zum Zwecke der Ausführung des Auftrages eingegangenen Verbindlichkeiten zu befreien," vgl. § 753 (Geschäftsführung ohne Auftrag) Entwurf II, § 601 und 614 dem Sinne nach ebenso.

[68]) Art. 1999: „le mandant doit rembourser au mandataire les avances et frais que celui-ci a faits pour exécution du mandat". Der C. c. denkt beim Mandat, wie aus Art. 1998 hervorgeht, nur an direkte Stellvertretung. Richtig bemerkt und gerügt von Troplong, droit civil expliqué vol. XVI ad Art. 1984, Nr. 8. Für die Beschränkung auf den Auftrag zur direkten Vertretung Laurent, Droit civil, vol. 28, Nr. 133, in dessen System in Folge dessen der Auftrag zur indirekten Vertretung, soweit er nicht Kommission ist, überhaupt keinen Platz findet.

[69]) § 1014: „Der Gewalthaber ist verbunden, dem Gewalthaber allen zur Besorgung des Geschäftes nothwendig oder nützlich gemachten Aufwand, selbst bei fehlgeschlagenem Erfolge, zu ersetzen und ihm auf Verlangen zur Bestreitung der baaren Auslagen auch einen angemessenen Vorschuß zu leisten".

Der Wortlaut des Gesetzes steht der Annahme eines Befreiungsanspruches nicht entgegen; denn mit dem Worte „überhaupt" ist neben den „baaren Auslagen" die Möglichkeit anderer Aufwendungen angedeutet, und über den Modus des Ersatzes ist nichts bestimmt. Die Kommentare besprechen m. W. nur den Ersatz der Erogationen [70]).

In dem Rechtssatze, daß der intercedirende Geschäftsführer

---

[70]) Bei Grünhut findet sich keine deutliche Beantwortung unserer Frage. Er sagt (Kommissionshandel S. 252, im Wesentlichen gleichlautend bei Endemann, Handbuch, Bd. 3, S. 211): „Mit Zustimmung des dritten Kontrahenten könnte der Kommittent an Stelle des Kommissionärs als Schuldner eintreten und der letztere liberirt werden: allein der dritte Kontrahent wird in der Regel nur dem Kommissionär creditiren wollen und nicht dem Kommittenten. Der Kommissionär hat die a. mandati contr. gegen den Kommittenten, sobald er die Verbindlichkeit dem Dritten gegenüber kontrahirt, also bevor er sie noch selbst erfüllt hat. Die Erfüllung dieser Verbindlichkeit dem Dritten gegenüber kümmert den Kommittenten nicht weiter. Dadurch, daß der Kommissionär das aufgetragene Geschäft im eigenen Namen abgeschlossen, sich selbst zum Schuldner gemacht, überhaupt das Geschäft vollzogen, hat er den Auftrag erfüllt und es ist ihm daher ein Rechtsanspruch entstanden, dessen erfolgreiche Geltendmachung allerdings durch Rechnungslegung über seine Geschäftsführung bedingt ist." Von den beiden (von uns) im Druck hervorgehobenen Sätzen scheint mir der zweite den ersten aufzuheben oder wenigstens erheblich einzuschränken. Die Rechnungslegung des Kommissionärs bezieht sich nicht nur auf Abschluß, sondern auch auf Durchführung des von ihm übernommenen Geschäftes und dazu gehört doch wohl auch die Zahlung der eingegangenen Verbindlichkeiten. Das von Grünhut a. a. O. citirte Urtheil des R.-O.-H.-G., Entscheidungen Bd. 20, Nr. 79 sagt auf S. 323: „Sobald der Kommissionär auf Grund des Auftrags einen Vertrag mit einem Dritten abgeschlossen hat, muß der Kommittent diesen Vertrag anerkennen, den Kommissionär entlasten uud demselben seine Auslagen ersetzen". Daß der dritte Kontrahent sich nicht leicht entschließen wird, den Kommissionär aus der Haftung zu entlassen und dafür den Kommittenten als Schuldner anzunehmen, darin hat Grünhut selbstverständlich Recht. Aber die Schuldübernahme ist nicht der einzige modus der Liberation: der liberationspflichtige Kommittent kann die fällige Schuld an den Dritten bezahlen resp. für die noch nicht fällige Schuld dem Kommissionär Deckung gewähren, was, wie wir unten sehen werden, nicht identisch mit Zahlung des Schuldbetrages ist.

nur Liberation und nicht Zahlung einer Geldsumme fordern kann, wird dadurch nichts geändert, daß im kaufmännischen Verkehr der Geschäftsführer den Betrag der übernommenen Verpflichtung (des acceptirten Wechsels) dem Geschäftsherrn in Rechnung zu stellen pflegt; denn dies geschieht in Voraussetzung der richtigen Einlösung der Verbindlichkeit[71]). Käme der Geschäftsführer, z. B. der Einkaufskommissionär, in die Lage, vor der Bezahlung seiner Schuld die Regreßklage gegen den Geschäftsherrn anzustellen, so könnte er nach H.-G.-B. Art. 371 nichts anderes als Befreiung verlangen.

Allerdings zeigt sich im handelsrechtlichen Verkehr in anderen Rechtslagen die Tendenz, eine Belastung mit einer Schuld gleich dem Verlust der Schuldsumme zu behandeln und demgemäß statt der Exnexuation einen Anspruch auf Zahlung des betreffenden Schuldbetrages zu gewähren[72]). Allein, wenn man die zahlreichen Urtheile[73]), die in diesem Sinne ergangen sind, durchgeht, so findet man, daß sich kein einziges auf dem Regreß eines Geschäftsführers bezieht; überall handelt es sich darum, daß Kläger in

[71]) Zahlt der Geschäftsführer den ex causa mandati acceptirten Wechsel nicht, so wird sein Guthaben durch einen Gegenposten des Ausstellers aufgehoben, vgl. Entscheidungen des Reichsgerichts, Bd. IV, Nr. 22. Analog ist der beim Kontokorrent anerkannte Rechtssatz, daß zugesandte Werthpapiere salvo incasso eingetragen werden, Endmann, Handbuch Bd. III, § 438.

[72]) Vgl. Degenkolb, Arch. f. civil. Pr., Bd. 76, S. 59 fg.

[73]) Entscheidungen des R.-O.-H.-G. I, Nr. 6, III, Nr. 45, XII, Nr. 88, XIII, Nr. 3, XV, Nr. 19; mit besonderer Energie in XVIII, Nr. 78, S. 277: „Wenn Verklagter dem Kläger die Summe zu ersetzen hat, welche derselbe dem L schuldig geworden ist, so kommt es gar nicht darauf an, ob Kläger diese Summe bereits an L gezahlt hat oder noch schuldet . . . Ein Verzicht des L kann nicht vermuthet werden . . . Die Belastung eines Vermögens mit einer Verbindlichkeit stellt sich als ein bereits eingetretener Schaden dar . . . Wenn Kläger verpflichtet ist die eingeklagte Summe auf Grund des angeblichen Vertrags mit L an diesen zu zahlen, so besteht der Betrag des ihm vom Verklagten zugefügten Schadens in dieser Summe". Kläger hatte von L Aktien entliehen mit der Verpflichtung, den zur Zeit der Rückgabe etwa eingetretenen Kursverlust zu vergüten. Beklagter hatte diese bei ihm verpfändeten Aktien nach Zahlung der Schuldsumme ohne Rechtsgrund zurückbehalten.

Folge eines Verschuldens des Beklagten mit einer Verpflichtung belastet ist. Wir haben es also in diesen Entscheidungen mit einem Rechtssatz zu thun, der zur Lehre von der Schadensschätzung gehört und der bei der prinzipiellen Verschiedenheit von Schadensersatz und Regreß nicht auf letzteres Rechtsverhältniß übertragen werden darf[74]).

Die Intercession bewirkt zunächst nur eine Gefährdung des Vermögens des Geschäftsführers, aber diese Gefahr kann, wenn sie nicht auf dem Wege der Liberation beseitigt wird, durch verschiedene Stadien der Entwicklung hindurch zu einem definitiven Verlust, einer Verminderung der Aktiva führen: der Geschäftsführer wird aus der intercedendo übernommenen Verpflichtung belangt — verurtheilt — zur Erfüllung der Urtheilsschuld veranlaßt resp. der Zwangsvollstreckung unterworfen. In jedem Stadium der Interceſſionswirkungen muß der Regreßanspruch, um dem Vermögensverlust des Geschäftsführers adäquat zu bleiben, einen neuen Inhalt annehmen:

der obligatio des Geschäftsführers entspricht das liberare,
der conventio „ „ „ „ defendere,
der condemnatio „ „ „ iudicatum facere,
der solutio „ „ „ das solvere

des Geschäftsherrn d. h. Erstattung des Geldwerths der dem Gläubiger zugewendeten Vermögensrechte. Hier hat die Intercession schließlich zu einer Erogation geführt, und demgemäß ist auch der Regreß auf Ersatz der Auslagen gerichtet.

---

[74]) Auch wo es sich um (kontraktlichen) Schadensersatz handelt, ist Verurtheilung auf Befreiung nicht ausgeschlossen, vgl. R.O.H.G. XVII, Nr. 83, Seuff. Arch., Bd. 39, Nr. 199. Zweifelhaft ist S. A., Bd. 46, Nr. 9 (Hamburg): Kläger fordert den Betrag, welchen er, in Folge von Nichterfüllung eines Kaufvertrages von Seiten des Beklagten, dem X schuldig geworden ist. Das Gericht findet mit Berufung auf fr. 28 de n. g. 3, 5, daß schon die Existenz der Schuld einen Schaden begründet und entscheidet: „der regreßpflichtige Beklagte hat dem Kläger die Mittel zu gewähren, deren dieser bedarf, um die ihm durch Schuld des Beklagten angeursachte (sic!) Verpflichtung gegen den Dritten zu erfüllen". Ist diese Gewährung der Mittel als definitive Zahlung der Schuldsumme, oder als Leistung einer Deckung aufzufassen?

Dieser Erstattungsanspruch des Intercedenten, der seine Schuld gezahlt hat, ist nicht als neu entstandener Anspruch aufzufassen, den er erst durch seine Zahlung erworben hätte, sondern als Akkomodation des Liberationsregresses an die veränderten Verhältnisse. Denn die Aufwendung, aus welcher der Regreß hervorgeht, liegt in der Intercession, nicht in der Erfüllung der Interzessionsschuld: nur die Uebernahme der Verpflichtung kann animo negotia gerendi erfolgen, die Erfüllung der einmal übernommenen Verpflichtung ist eine Nothwendigkeit, welcher der Schuldner sich nicht entziehen kann, ob er nun die Schuld im eigenen oder in fremdem Interesse eingegangen ist. Wenn er daher auf Erstattung des Gezahlten klagt, so kann er sich darauf stützen, daß er schon bei Eingehung der Obligation als Geschäftsführer gehandelt hat, und braucht nicht zu behaupten, daß seine Zahlung durch Auftrag oder Utilität gerechtfertigt war. Daher datirt der Regreß von der Intercession und nicht erst vom Moment der Zahlung, was für die Eigenschaft des Regresses als Konkursforderung von Wichtigkeit ist[75]).

Wir haben oben S. 32 gesehen, daß die Geltendmachung des Regresses durch den Willen der Parteien oder durch die Regel des subsidiären Rechts über den Moment der Aufwendung hinausgeschoben sein kann. So kann es kommen, daß bei Geschäftsführung per intercessionem keine Liberation verlangt werden kann, weil im Moment, in welchem die Regreßklage zu Gebote steht, die Wirkungen der Intercession schon in ein weiteres Stadium, über die obligatio hinaus, eingetreten sind. Namentlich wird es oft durch Natur und Zweck der Geschäftsführung begründet sein, daß der Intercedent mit seinem Regreß zu warten hat, bis seine Schuld fällig wird oder sogar bis er sie aus eigenen Mitteln bezahlt hat. In letzterem Falle erscheint der

---

[75]) Vgl. ob. S. 31. Petersen u. Kleinfeller zu Konk.-Ord. § 2, Bemerkung IV, (S. 21). Die a. mand. contr. des Wechselacceptanten gegen den Aussteller ist Konkursforderung, wenn auch die Zahlung nach der Konkurseröffnung erfolgte. Dasselbe möchte ich von der a. neg. gest. contr. des Ehrenacceptanten sagen; denn auch seine Geschäftsführung beginnt mit dem Accept und nicht erst mit der Zahlung.

Regreß von vorn herein in der Gestalt eines (durch Zahlung) bedingten Erstattungsanspruches. Doch erfordert diese Bedingung m. E. eine eigenartige Interpretation[76]): sie ist dem Zwecke des Regresses (Schadloshaltung des G) unterzuordnen und daher dann nicht zu beachten, wenn ihre strenge Einhaltung diesen Zweck vereiteln würde. Solcher Fälle, in denen sich der bedingte Erstattungsanspruch als modificirter Liberationsanspruch erweist, kenne ich zwei:

1. Der Intercedent darf, obgleich er sich zur Vorleistung verpflichtet hat, Sicherheit verlangen, wenn sein Regreßanspruch durch mittlerweilen eingetretenen Vermögensverfall oder andere Ereignisse in der Person des Geschäftsherrn gefährdet erscheint[77]). Dieses Recht auf Sicherung ist eine Eigenthümlichkeit des aus Intercession entstandenen Regresses und erklärt sich daraus, daß die Verabredung, durch welche der Intercedent seinen Rückgriff bis nach Zahlung der Intercessionsschuld hinausschiebt, eine Kreditzusage an den Geschäftsherrn enthält. Bei Kreditzusagen ist es aber „selbstverständliche Voraussetzung, daß nicht, bevor die Kreditzusage zur Ausführung gelangt, Umstände in Betreff der Vermögensstellung des Promissars bekannt werden, welche diesen als unsicher und die Gewährung des zugesagten Kredits als gefährdet erscheinen lassen" [78]). Hätten wir es mit einer Geldschuld zu thun, die in anderer Weise bedingt ist, so wäre es nach dem Stande des gemeinen Rechtes sehr zweifelhaft, ob man dem Gläubiger ein Recht auf Sicherleistung gewähren dürfte[79]).

2. Der zweite Fall, in welchem man von der strikten Erfüllung der Bedingung absehen muß, tritt m. E. dann ein, wenn der Intercedent G nicht im Stande ist, seinen Gläubiger C aus

---

[76]) Auch dadurch unterscheidet sich diese Bedingung von der Mehrzahl der Bedingungen, daß sie nicht nur für das „ob", sondern auch für das „wieviel" der Schuld maßgebend ist.

[77]) Vgl. Endemann, Handbuch des Handelsrechtes, Bd. III, § 318, Note 7 (Kommission), § 434, Note 2 (offener Kredit), § 450, Note 47 (Zahlungsmandat).

[78]) Reichsoberhandelsgericht, Bd. 23, Nr. 48, S. 137.

[79]) Windscheid, Pandekten, § 89, Note 13. Regelsberger, Pandekten, Bd. I, § 189, Note 4.

eigenen Mitteln zu bezahlen. Wollte man unter ſolchen Umſtänden am Wortlaut der Verabredung feſthalten und dem G den Rückgriff gegen den Geſchäftsherrn verſagen, ſo würde man, da G außer dem Regreßanſpruch kein anderes Vermögen hat, zu dem unerträglichen Reſultat kommen, daß der Gläubiger unbefriedigt bliebe, während der Geſchäftsherr D den Vortheil, den er aus der Interceſſion erhalten hat, ohne Gegenleiſtung genießen könnte. Hier muß geholfen werden: denn es wäre offenbar chikanös, wenn D ſich auf die Bedingung ſeiner Regreßpflicht berufen wollte; er muß, bei Fälligkeit der Interceſſionsſchuld, den Geſchäftsführer befreien. Dem D iſt damit m. E. nicht zu viel zugemuthet; denn wenn G die Möglichkeit gehabt hätte, ſeine Schuld an C zu erfüllen, ſo hätte D dieſelbe Summe, die er jetzt an C zahlen muß, an G zu entrichten gehabt.

VI. Arten der Interceſſion.

Die Interceſſion bedeutet für den Geſchäftsführer ſtets eine Belaſtung oder, anders geſagt, eine Gefährdung ſeines Vermögens. Für den Geſchäftsherrn kann dagegen die Wirkung der Interceſſion eine verſchiedene ſein. Unter dieſem Geſichtspunkte kann man die Interceſſion in drei Arten zerlegen:

1. Privative Interceſſion. Wir wollen mit dieſem Wort nur den Fall bezeichnen, in welchem der Geſchäftsführer den Geſchäftsherrn von einer Schuld befreit. Die Wirkung der privativen Interceſſion iſt gewiſſermaßen zweiſchneidig: im ſelben Moment erfolgt die Belaſtung des G und die Befreiung des D.

Privative Interceſſion kann in unſerem Recht nur in rechtsgeſchäftlicher Form durchgeführt werden: durch Expromiſſion oder Schuldübernahme; in Rom gab es auch noch den prozeſſualen Weg der defensio. Expromiſſion und Schuldübernahme iſt jedoch meiſtens nicht Interceſſion, weil nicht Geſchäftsführung, ſondern Leiſtung gegen beſtimmte Gegenleiſtung, namentlich gegen Uebertragung des Vermögens oder eines Vermögensbeſtandtheils, welcher zur Tilgung der betreffenden Schuld beſtimmt iſt. In dieſen Fällen hat der Schuldübernehmer keinen Regreß, ſondern den Anſpruch

auf die Gegenleistung, deren Inhalt sich nicht nach den Aufwendungen des Uebernehmers, sondern nach dem Versprechen des Mitkontrahenten bestimmt[80]).

Liegt wirkliche privative Intercession vor, d. h. ist die Expromission auf Rechnung des Geschäftsherrn erfolgt, so ist die Frage, wieweit die Verpflichtung des Uebernehmers reicht, beim Mandat in Ermangelung besonderer Verabredungen aus dem Zweck des Rechtsgeschäftes zu entscheiden. Vielleicht wird man als Regel annehmen können, daß die Verpflichtung des Expromittenten sich auch auf die Zahlung der übernommenen Schuld aus eigenen Mitteln erstreckt, so daß der Regreß erst nach Zahlung auf Erstattung gerichtet werden kann[81]). Diese Anschauung liegt dem Ausspruch Julians in fr. 11 de lib. leg. 34, 3[82]) zu Grunde. Indessen wird man auch hier die Regreßklage unter Umständen schon vor der Zahlung gewähren, namentlich wenn der oben S. 56 angeführte Fall eintritt, daß der Geschäftsführer die Mittel zur Zahlung nicht hat. Denn es würde der bona fides widersprechen, wenn der Expromittent die Zwangsvollstreckung erdulden müßte, um gleich darauf die ihm abgepfändete Summe auf dem Wege des Regresses zu erhalten; so möchte ich das fr. 45 § 4 mand. 17, 1 erklären:

> si mandavero tibi, ut creditori meo solvas, tuque expromiseris et ex ea causa damnatus sis, humanius est et in hoc casu mandati actionem tibi competere.

Der Mandatar hatte Zahlung (mit eigenem Gelde) übernommen. Daher erwuchs ihm streng genommen aus der expromissio, trotzdem diese schon den Mandanten befreite, kein Regreß, sondern erst aus der wirklichen Zahlung. Nun konnte er dieselbe offenbar nicht leisten und wurde daher verurtheilt. Mit Rücksicht

---

[80]) Vgl. oben S. 21.

[81]) Sintenis, Civilrecht, Bd. II, § 113, Note 58. Sächsisches Gesetzbuch, § 1315 (siehe oben Note 65).

[82]) verb.: nam et si Titius mandaverit Maevio, ut pecuniam promitteret, deinde liberari eum iusserit a stipulatore, manifestum est, quantum intersit promissoris liberari potius quam praestare ex stipulatu, deinde mandati agere.

auf diese Sachlage (humanius est) wird ihm ein vorzeitiger Regreß auf Befreiung [83]) gewährt, um ihn der Personalexekution (resp. der bonorum venditio) zu entziehen. Doch liegt die Zulassung des Regresses vor erfülltem Auftrag in diesem Falle mindestens ebenso sehr im Interesse des Gläubigers wie in dem des Expromittenten. Denn der Gläubiger hat die Möglichkeit, den alten Schuldner zu belangen, aufgegeben und ist ausschließlich auf die Klage gegen den Expromittenten angewiesen [84]).

Anders liegen die Verhältnisse, wenn ein negotiorum gestor eine Schuld des Geschäftsherrn auf sich nimmt. Es wird das meist geschehen, um eine drohende Exekution zu vermeiden und weiteren Aufschub zu ermöglichen. Die Hülfe, welche der negotiorum gestor dem Herrn bringen wollte, ist durch sein Eintreten gewährt, eine weitere Verpflichtung hat er nicht übernommen, daher wird der Regreß statthaft sein, sobald der absens wieder zur Stelle ist: fr. 45 § 2 mand. 17, 1:

---

[83]) Der Inhalt der a. mandati contr. wird hier, wie an vielen anderen Stellen, in denen nur der Zeitpunkt des Regresses konstatirt ist, nicht angegeben. Ich nehme an, daß der Regreß, entsprechend der Rechtslage, in welcher sich der Expromittent in Folge seiner Intercession befindet, auf Befreiung von der a. iudicati gerichtet ist. Da er nur deshalb, weil ihm die Vollstreckung droht, vorzeitig Regreß nehmen kann, so kann er auch nur verlangen, daß er von dieser Gefahr bewahrt, nicht, daß ihm die Geldsumme, auf die er stricto iure keinen Anspruch hat, zur freien Verfügung überlassen werde.

[84]) Darum ist der in fr. 45 § 4 cit. zugelassene vorzeitige Regreß des Intercedenten, der sich dem Schuldner gegenüber zur Zahlung verpflichet hat, nicht ohne Weiteres zu gestatten, wenn der Gläubiger eine andere Möglichkeit hat, zu seinem Gelde zu kommen, z. B. beim constitutum und bei der fideiussio des justinianischen Rechtes (daß der Bürge post condemnationem regrediren kann, gilt für den normalen Fall, daß er dem Hauptschuldner nicht auch versprochen hat, für ihn zu zahlen). Aus diesem Grunde scheint es mir unrichtig zu sein, daß Windscheid, Pandekten, § 412, Note 15, auf Grund unserer Stelle dem Assignaten schon nach seiner Verurtheilung Regreß gewährt. Windscheid übersieht dabei, daß in fr. 45 § 4 mand. dem Gläubiger geholfen werden muß, während der Gläubiger, wenn die Anweisung nicht honorirt wird, sich an seinen Schuldner halten kann. Auch der Erklärung unseres Fragments bei Thöl, Handelsrecht (5. Aufl.), Bd. I, § 520, Note 9 kann ich nicht beistimmen.

item si, dum negotia mea geris, alicui de creditoribus meis promiseris, et antequam solvas dicendum est te agere posse, ut obligationem suscipiam.

Der defensor befreite, wenn er nicht als cognitor, sondern als procurator auftrat, den reus schon durch die litis contestatio und belastete sich mit der in iudicium deducirten Obligation. Aber die von ihm übernommene Pflicht der Geschäftsführung ging über die bloße Vornahme der l. c. hinaus und umfaßte die gesammte Prozeßführung bis zum Urtheil[85]). Darum kann der beauftragte defensor nicht vor dem Urtheil Regreß nehmen

fr. 45 § 1 mand. 17, 1: sed si mandatu meo iudicium suscepisti, manente iudicio sine iusta causa non debes mecum agere, ut transferatur iudicium in me: nondum enim perfecisti mandatum.

Der unbeauftragte defensor war vielleicht analog dem expromittirenden neg. gestor befugt, Abnahme des Prozesses schon vor dem Urtheil, sobald der absens zurückgekehrt war, von diesem zu verlangen.

Ob das Mandat der Prozeßführung den procurator auch zur eventuellen Zahlung der Urtheilssumme verpflichtete, läßt sich aus den Quellen nicht entnehmen. Für den cognitor steht es fest, daß seine mandatsmäßige Verpflichtung mit dem Urtheil endete[86]). Sollte dasselbe für den procurator gegolten haben, was mir wahrscheinlich scheint, obwohl der siegreiche Kläger sich an den procurator halten konnte, so würde der Regreß des defensor nach der Verurtheilung zulässig sein, und zwar m. E.

---

[85]) Ueber die Verpflichtung des defensor Appelation einzulegen vgl. fr. 30 § 2 de n. g. 3, 5.

[86]) fr. 31 de proc. 3, 3: si quis cum procuratorio nomine condemnatus esset heres extiterit domino litis, iudicati actionem non recte recusabit. hoc si ex asse. sin autem ex parte heres extiterit et totum solverit, si quidem ei mandatum est hoc quoque ut solvat, mandati actionem adversus coheredes habebit; si non sit mandatum negotiorum gestorum actio dabitur. Die Stelle handelt vom cognitor. Lenel, Paling. Ulp. Nr. 319.

nicht auf Zahlung der Urtheilsſumme an ihn ſelbſt, ſondern auf Befreiung von der actio iudicati.

2. Cumulative Interceſſion: Die obligatio des Geſchäftsführers, Verpflichtung oder Verpfändung, tritt neben die obligatio des Geſchäftsherrn, ohne dieſen zu befreien, aber in der Weiterentwicklung der Interceſſionsfolgen kann eine Befreiung des Geſchäftsherrn eintreten, ohne daß ein neuer Willensakt des Geſchäftsführers dazu nöthig wäre: es hängt nicht mehr vom Intercedenten, ſondern blos noch vom Gläubiger ab, ob der Bürge reſp. Verpfänder die Verpflichtung des Hauptſchuldners wird erfüllen müſſen [87]).

Der Zweck der cumulativen Interceſſion erfordert in der Regel einen Aufſchub des Regreſſes: dem Schuldner ſoll Kredit verſchafft oder verlängert werden, ein ſofort angeſtellter Regreß würde daher gegen den Sinn des Mandats reſp. die utilitas der Geſchäftsführung verſtoßen. Indeſſen laſſen ſich Ausnahmsfälle denken, in welchen der Zweck der Interceſſion darin beſtand, dem Schuldner in einer temporären Kreditnoth zu helfen, ſo daß nach ihrer Ueberwindung der Bürge nicht verpflichtet iſt, mit ſeinem Regreß weiter zu warten.

Andererſeits iſt der Bürge dem Schuldner gegenüber nicht verpflichtet, die Schuld zu zahlen, wenn ihn auch der Gläubiger dazu zwingen kann; durch Verbürgung ſtellt man dem Hauptſchuldner zwar ſeinen Kredit, nicht aber ſeine Baarmittel zur Verfügung [88]). Darum wird der Regreßanſpruch des Bürgen fällig,

---

[87]) Eine Mittelſtellung zwiſchen privativer und cumulativer Interceſſion nimmt das Accept eines Wechſels oder einer Anweiſung an, wenn daſſelbe in Folge eines Mandats oder animo negotia gerendi erfolgt. Der urſprüngliche Schuldner wird in der Regel durch dieſen Vorgang nicht befreit, denn der Wechſel bewirkt keine Novation und „Anweiſung iſt nicht Zahlung", aber er bleibt vorläufig, bis der Wechſel nicht honorirt oder die Anweiſung nicht gezahlt wird, außer Spiel, vgl. Dernburg, Pandekten, Bd. II, § 55, Note 10, § 60, Note 8, § 119, Note 7.

[88]) A. M. Hafenbalg, Bürgſchaft S. 694: „wenn der Schuldner einem Dritten den Auftrag ertheilt: verbürge dich für meine Schuld! ſo enthält dieſer Auftrag nicht allein die Weiſung: übernimm meine Schuld! ſondern auch den Auftrag: erfülle demnächſt die übernommene Schuld."

sobald die Gefahr des eigenen Zahlenmüssens an ihn herantritt. Die Quellen erwähnen folgende Fälle:

a) wenn der Schuldner in Vermögensverfall geräth oder der Regreß in anderer Weise unsicher wird;

b) wenn der Schuldner die fällige Schuld längere Zeit hindurch nicht bezahlt;

c) wenn der Bürge dem Gläubiger verurtheilt wird. Man sollte statt dieses letzteren Momentes den der Belangung erwarten, denn schon durch die litis contestatio des Bürgen wurde ja nach klassischem Recht der Schuldner befreit. Indessen findet sich eine defensio des Bürgen durch den Schuldner in den Quellen nur als zulässig [89]), nicht dagegen als Recht des Bürgen erwähnt, vielleicht nur deshalb, weil die Zeit zwischen conventio und litis contestatio zu kurz ist, um gegen einen widerspenstigen Schuldner die Regreßklage durchzuführen, und weil mit der litis contestatio die Möglichkeit der defensio abgeschnitten ist.

Der vor Zahlung angestellte Regreß kann nicht auf Erstattung gehen, der Bürge kann nichts mehr verlangen, als daß ihm die weiteren Folgen der intercessio abgenommen werden. Zu diesem Zweck erhält er im Fall a) Sicherung, im Fall b) kann er Liberation verlangen [90]) und ebenso im Fall c), wie aus fr. 45 de fidei. 46, 1 hervorgeht:

> fideiussor pro venditore fundorum duorum altero evicto conventus ab emptore condemnatus est certam quantitatem quaesitum est, an cum herede venditoris ante diem, quo iudicatum facere compelleretur, agere possit. respondit agere quidem posse, sed ex iusta causa ad officium iudicis pertinere quo fideiussor aut defendatur aut liberaretur. (Scaevola) [91]).

Die Irrigkeit dieser Ansicht zeigt sich m. Er. besonders deutlich an folgendem Argument: „an der einfachen Uebernahme liegt namentlich dem Gläubiger gar nichts."

[89]) fr. 10 § 12 mand. 17, 1: . . . si modo habuit facultatem (sc. fideiussor) rei conveniendi desiderandique, ut ipse susciperet potius iudicium vel suo vel procuratorio nomine. fr. 42 § 2 de proc. 3, 3.

[90]) fr. 38 mand. 17, 1.

[91]) Ich lasse die interessante Stelle hier abdrucken, weil sie von den

Im klaſſiſchen Rechte konnte es zweifelhaft ſcheinen, ob nicht der verurtheilte Fidejuſſor Zahlung der Kondemnationsſumme an ſich ſelbſt verlangen dürfe; denn — konnte man ſagen — für den reus debendi iſt es gleichgültig, ob der Bürge die ihm ausgezahlte Summe zur Befriedigung des Gläubigers oder zu anderen Zwecken verwendet: der Hauptſchuldner iſt ja ſchon durch die litis contestatio befreit. Trotzdem gewährt Scävola einen Anſpruch auf defendi aut liberari (ex iusta causa, d. h. je nachdem ob der reus debendi Veranlaſſung hat, die Gültigkeit des Judikats zu beſtreiten, oder nicht) und beſtätigt damit in ſchärfſter Weiſe das Prinzip, nach welchem der Regreß des Geſchäftsführers ſich genau nach Maß und Art ſeines Vermögensopfers richtet, und daher nicht auf dare gehen kann, ſo lange nichts erogirt iſt.

Für das juſtinianiſche Recht iſt die Entſcheidung des fr. 45 cit. noch aus einem weiteren Grunde nothwendig: wenn der reus dem Bürgen die Urtheilsſumme auszahlt, ſo riskirt er nach Aufhebung der prozeſſualiſchen Konſumption, dieſelbe Summe nochmals an den Gläubiger zahlen zu müſſen, wenn dieſer vom Bürgen keine Befriedigung erhält.

3. Interceſſion kann erfolgen, ohne daß der Geſchäftsführer dem Geſchäftsherrn eine Schuld abnimmt oder zu einer ſolchen hinzutritt, wenn nämlich der Geſchäftsführer eine Verpflichtung eingeht, um das aus dem Vertrag Erhaltene dem Geſchäftsherrn in irgend einer Form zukommen zu laſſen: der Intercedent handelt als „indirekter Stellvertreter" des Geſchäftsherrn. Eine techniſche Bezeichnung für dieſe Art von Interceſſion iſt nicht recipirt. Vangerow[92]) ſpricht von „Intervention", aber dieſer Ausdruck wird von anderen Schriftſtellern in ganz verſchiedenem Sinn

---

modernen Autoren durchgängig überſehen iſt, obwohl meiſt hervorgehoben wird, daß der Bürge ante condemnationem nur auf Befreiung klagen könne. Girtanner, Bürgſchaft, S. 529 fg. Haſenbalg, Bürgſchaft, S. 694 fg. Windſcheid, Pandekten, § 481, Note 5. Dernburg, Pandekten, Bd. II, § 80, Note 5.

[92]) Pandekten, Bd. III, § 577, Anmerkung II.

gebraucht[93]). Hasenbalg[94]) nennt diesen Fall „Interceſſion durch Alleinverpflichtung". Wir haben gegen diesen Ausdruck nichts einzuwenden, weil er den Begriff, wenn auch in etwas schwerfälliger Weise, wiedergibt. Wenn man eine correlate Bezeichnung neben der privativen und cumulativen Interceſſion ſucht, ſo kann man von „ſtellvertretenden", oder wenn es erlaubt iſt einen neuen Ausdruck zu bilden, von „ſurrogativer Interceſſion" reden.

Meiſt wird ſie, weil bei ihr nur der Geſchäftsführer verpflichtet iſt, im Gegenſatz zur cumulativen Interceſſion unter den Begriff der privativen Interceſſion geſtellt[95]). Die Gleichartigkeit der beiden Fälle der privativen Interceſſion wird darin gefunden, daß dem Geſchäftsherrn eine Verbindlichkeit das eine Mal abgenommen, das andere Mal erſpart wird[96]). Jedoch beruht dieſe Zuſammenſtellung auf einem Irrthum: wer ein Darlehn aufnimmt, um mit dem Gelde die Geſchäfte des D zu führen, braucht dem D nicht immer eine eigene Darlehensſchuld zu erſparen; denn vielleicht hätte D, wenn er ſein Geſchäft ſelbſt hätte führen können, kein Darlehn aufgenommen, ſondern eine baare Ausgabe gemacht. Auch mit Rückſicht auf die Wirkung der Interceſſion auf das Vermögen des Geſchäftsherrn empfiehlt es ſich die ſurrogative Interceſſion von der privativen getrennt zu halten. Während nämlich bei der letzteren Interceſſionsart der vom Geſchäftsführer beabſichtigte Erfolg ſofort mit ſeiner Obligirung erreicht iſt, kann man daſſelbe von der ſurrogativen Interceſſion nicht allgemein ſagen; es kommt vielmehr darauf an, in welcher Weiſe der Geſchäftsführer die ſeiner Verpflichtung entſprechende Gegenleiſtung des Mitkontrahenten erwirbt: meiſt iſt die Geſchäftsführung durch den Vertrag mit dem Gläubiger nur begonnen, zu

---

[93]) Brinz, Pandekten, Bd. II, § 252. Grabenwitz, Ungültigkeit obligatoriſcher Rechtsgeſchäfte, S. 72.

[94]) Beiträge zur Lehre von der Interceſſion, S. 82 fg.

[95]) Vangerow a. a. O. Brinz, Pandekten, Bd. II, § 262 zu Note 11. Sintenis, Civilrecht, Bd. II, § 129, S. 835 (3. Aufl.), Windſcheid, Pandekten, Bd. II, § 485, Note 10—12.

[96]) Sintenis und Windſcheid a. a. O.

ihrer Vollendung bedarf es einer weiteren Handlung des Geſchäftsführers, durch die er das Erworbene aus ſeinem Vermögen in das des Geſchäftsherrn überträgt (vgl. unten VII).

Demgemäß iſt die Geltendmachung des Regreſſes abhängig davon, daß der Geſchäftsführer ſeiner Pflicht bis zu Ende nachgekommen iſt oder nachzukommen bereit iſt, z. B. die im Auftrage des Geſchäftsherrn gekaufte Sache ihm tradirt hat oder anbietet. Der Inhalt ſeines Regreſſes beſtimmt ſich nach dem Stadium, in welchem ſich ſeine Obligirung in dieſem Momente befindet: hat er die Sache bezahlen müſſen, ehe er ſie in das Eigenthum des Mandanten bringen konnte, ſo verlangt er Erſtattung, ſteht ſeine Verpflichtung noch aus, ſo hat er Liberation zu fordern:

fr. 45 pr. mand. 17, 1: si mandatu meo fundum emeris, utrum cum dederis pretium ageres mecum mandati, an et antequam des, ne necesse habeas res tuas vendere? et recte dicitur in hoc esse mandati actionem, ut suscipiam obligationem, quae adversus te venditori competit: nam et ego tecum agere possum, ut praestes mihi adversus venditorem empti actionem.

Die vom Geſchäftsführer eingegangene Verpflichtung wird in den meiſten Fällen aus Kauf oder Darlehn hervorgehen. Indeß kann die ſurrogative Interceſſion auch im Abſchluß anderer Verträge beſtehen, z. B. Werkvertrag: der Geſchäftsführer beſtellt eine dem Geſchäftsherrn nöthige Sache; Dienſtvertrag; Auftrag: ein neg. gestor beauftragt einen Anderen mit der Beſorgung des Geſchäftes eines Abweſenden[97]). In letzterem Falle berührt ſich die ſurrogative Interceſſion mit der kumulativen: wenn nämlich der vom Geſchäftsführer G beauftragte C Kenntniß davon hat, daß es ſich um Geſchäfte des D handelt und in Folge deſſen

[97]) Das iſt das Rechtsgeſchäft, welches Gaius III, 135 mit dem Namen mandatum aliena gratia bezeichnet. Es gehört auch für unſere Syſtematik noch zum Gebiete des Auftrags: denn der Mandatar beſorgt fremde Geſchäfte, wenn auch nicht immer die des Mandanten. Der ſog. Kreditauftrag wird dagegen vom Gaius III, 156 als mand. tua gratia bezeichnet und iſt nach Wegfall des Aktionenzwanges m. E. nicht mehr als Auftrag aufzufaſſen, vgl. oben Note 3.

contemplatione domini thätig wird, so ist er diesem gegenüber selbst negot. gestor und kann seine Regreßklage gegen ihn richten. Daneben haftet ihm der Mandatar, ähnlich, aber nicht ganz ebenso, wie ein Bürge[98]).

Uebrigens kann surrogative Intercession auch erfolgen, ohne daß der Geschäftsführer G mit C einen Vertrag abschließt: wenn G Sachen oder Werthe, welche er als Vormund, Depositar, Kommodatar, Mandatar, Verkäufer 2c. an C herauszugeben verpflichtet ist, in Geschäften des D verwendet, so hat er, sofern diese Sachen nicht ihm, sondern dem C gehören, aus dieser Verwendung keinen Erstattungsregreß erworben (s. ob. S. 44); wohl aber einen Anspruch auf Befreiung von der Schuld, in welche sich seine kontraktliche Verbindlichkeit durch die vertragswidrige Verwendung des Leistungsgegenstandes verwandelt hat: die a. tutelae, depositi, commodati bestand schon von dem Moment an, in welchem G die zu restituirende Sache in die Hand bekommen hatte (eventuell schon früher z. B. die a. tutelae, mandati), aber solange G die Sache noch hatte, bedeutete das actione teneri für ihn kein Passivum im Vermögen. Erst durch die Unmöglichkeit der Restitution, in die er sich im Interesse des D versetzte, ist er Schuldner geworden, oder, um mit Pomponius zu sprechen: iucidit in obligationem[99]). Ob G verlangen kann, in vollem Umfange oder nur theilweise von seiner Schuld gegen C befreit zu werden, ist natürlich davon abhängig, ob die Vertragsverletzung das einzige resp. das richtige Mittel war, um das Interesse des D zu wahren. Jedenfalls ist D, wenn es feststeht, daß die Geschäftsführung dem G kein anderes Opfer, als eine Obligirung gekostet hat, auch zu keiner Erstattung, sondern zur Liberation verpflichtet.

[98]) fr. 3 § 11 de n. g. 3, 5: apud Marcellum libro secundo digestorum quaeritur si, cum proposuissem negotia Titii gerere, tu mihi mandaveris ut geram, an utraque actione uti possim? et ego puto utramque locum habere. quemadmodum ipse Marcellus scribit, si fideiussorem accepero negotia gesturus. nam et hic dicit, adversus utrumque esse actionem. Ueber den Unterschied, der in diesem Falle zwischen der Haftung eines Mandanten und der eines Bürgen besteht s. unten § 8, III, Nr. 4.

[99]) fr. 81 § 1 de solut. 46, 3.

Ein dem römiſchen Recht[100]) unbekannter Fall der ſurrogativen Interceſſion kann beim Kontrahiren des unbeauftragten direkten Stellvertreters vorkommen: der Stellvertreter intercedirt, indem er dem Mitkontrahenten gegenüber ausdrücklich oder ſtillſchweigend[101]) die Haftung für den Fall der verweigerten Genehmigung übernimmt. Iſt das Geſchäft utiliter gestum, ſo kann der desavouirte Vertreter zwar die Genehmigung nicht erzwingen[102]), wohl aber actione negot. gest. contr. verlangen, daß der Geſchäftsherr ihm die Haftung gegenüber dem Mitkontrahenten abnehme reſp. ihm das erſetze, was er an Schadenserſatz an dieſen gezahlt hat.

---

[100]) Nur in einem Falle ſind ſchon die Römer der Rechtsfigur der direkten Stellvertretung überraſchend nahe gekommen: bei der ſurrogativen Interceſſion der Frauen: die Frau ſelbſt haftet nicht (wenigſtens nicht, wenn ſie nicht will), dafür haftet der Begünſtigte mit der a. institutoria. Die Aehnlichkeit zwiſchen dieſem Rechtsverhältniß und unſerer Stellvertretung wird noch dadurch verſtärkt, daß der Gläubiger, wie von der Vollmacht ſo auch von der Interceſſionsabſicht Kenntniß haben muß. Auch glaube ich — was ich an dieſer Stelle nicht beweiſen will — daß die a. institutoria Einverſtändniß des Beklagten mit der Interceſſion vorausſetzt, entſprechend der Klage gegen den Vertretenen, die auf Vollmacht beruht. Die Wirkung des SC. Vell. könnte man demgemäß dahin charakteriſiren, daß den Frauen nur die direkte Stellvertretung zugänglich war.

[101]) In der vielerörterten Frage (Windſcheid, § 74, Note 8) nach dem Grunde der Haftung des vollmachtloſen Vertreters iſt, ſo viel ich ſehe, ein Geſichtspunkt ganz unbeachtet geblieben: kann man dieſe Haftung nicht einfach als legales Reſiduum der cautio de rato auffaſſen? nach Analogie der bekannten Thatſachen, daß die stip. duplae ſchon in Rom für ſelbſtverſtändlich galt (fr. 31 § 20 de aed. ed. 21, 2), daß das gemeine Recht aus der cautio usufructuaria eine geſetzliche Verpflichtung gemacht hat, daß die modernen Rechte dieſelbe Entwicklung bei der cautio damni inf. aufweiſen. M. E. waren ſchon die Römer auf dem beſten Wege, aus der cautio de rato eine geſetzliche Haftpflicht des Vertreters zu geſtalten. Beweis dafür iſt die actio doli, mit welcher dem Mitkontrahenten gegen die Berufung auf fehlerhafte Konzeption der cautio geholfen wurde, fr. 22 § 7 ratam r. 46, 8 und fr. 3 pr. eod., wo ich in fine ſtatt der Mommſen'ſchen Konjektur actionem denegari leſen möchte actionem doli dari.

[102]) L. Seuffert, Ratihabition, S. 36 fg.

VII. Momentaner und successiver Thatbestand der Geschäftsführung.

Ich habe schon gelegentlich[103]) erwähnt, daß die Einwirkung der Aufwendung des Geschäftsführers auf das Vermögen des Geschäftsherrn verschieden gestaltet sein kann: bald wirkt das Eintreten des Geschäftsführers zweischneidig, d. h. vermindernd für sein eigenes Vermögen und im selben Moment vermehrend oder wenigstens fördernd für das des Geschäftsherrn; bald ist mit dem Opfer, welches der Geschäftsführer bringt, der beabsichtigte Erfolg für das Vermögen des Geschäftsherrn noch nicht erreicht, es bedarf vielmehr dazu noch einer weiteren Handlung des Geschäftsführers. Dem entspricht es, daß der Regreß des Geschäftsführers in den Fällen der ersten Art sofort, d. h. im Moment der eigenen Vermögensverminderung zu Stande kommt[104]), während in den Fällen der zweiten Kategorie die Perfektion des Regresses noch davon abhängt, daß der Geschäftsführer die begonnene Thätigkeit zu Ende führt. In diesem Sinne kann man unterscheiden:

a) Geschäftsführung mit momentanem Thatbestande. Hierher gehören außer der privativen und cumulativen Intercession auch Fälle der Geschäftsführung durch Erogation und surrogative Intercession; denn es kommt für den Perfektionsmoment des Regresses nicht sowohl darauf an, wie das Vermögensopfer des Geschäftsführers beschaffen ist, als vielmehr auf die Art und Weise, wie er das Vermögen des Geschäftsherrn vermehrt. Momentanen Thatbestand der Geschäftsführung finden wir demgemäß bei Erogation in der Form der Verwendung (s. ob. S. 39) und Schuldentilgung (das Vermögen des D ist sofort vergrößert, sobald G das baufällige Haus des D reparirt oder eine Schuld des D abgetragen hat) und bei surrogativer Intercession dann, wenn der Mitkontrahent C seine Verpflichtungen direkt an den Geschäftsführer zu erfüllen hat und es freiwillig sofort thut,

b) successiver Thatbestand der Geschäftsführung liegt überall vor, wo dem Geschäftsführer post erogationem vel inter-

[103]) Oben S. 57 und S. 64.

[104]) Wenn auch die Geltendmachung des Regresses durch Befristung oder Bedingung (s. oben S. 32 und S. 55) hinausgeschoben sein kann.

cessionem noch etwas zu thun übrig bleibt, also nicht nur, wenn er die für den Geschäftsherrn D angeschaffte Sache zunächst für sich, als „Ersatzmann", erworben hat — dann muß er sie in das Eigenthum des D bringen — sondern auch wenn er beim Erwerbe als direkter Stellvertreter im Namen des D gehandelt hat: dann muß er die Sache ex mandato dem D herausgeben resp. pflichtgemäß verwenden.

Begründet der Geschäftsführer im Interesse des D eine Forderung zunächst in seiner Person — in Rom war das anders nicht möglich — so gehört mindestens die Abtretung eventuell die Eintreibung der Forderung zur Vollendung seiner begonnenen Geschäftsführung.

Die Geschäftsführung mit successivem Thatbestand erfordert nähere Betrachtung: Das Resultat der durch Erogation oder Intercession begonnenen Geschäftsführung besteht darin, daß der Geschäftsführer Werthe (Sachen, Forderungen) in seinem Vermögen (resp. seinem Gewahrsam) hat, mit der Verpflichtung, diese Werthe dem Geschäftsherrn D zuzuwenden oder sie in dessen Nutzen zu verwenden. Andrerseits hat G einen Regreß, der sich inhaltlich nach der Aufwendung richtet, welche er zur Anschaffung der eben bezeichneten Werthe hat machen müssen. In welcher juristischer Beziehung stehen nun Recht und Pflicht des Geschäftsführers zu einander? Ich glaube, um meine Ansicht gleich auszusprechen, in der das „Synallagma". Allerdings wird in der neueren Literatur fast übereinstimmend das Mandat (und demgemäß auch der Quasikontrakt der neg. gestio) aus dem Gebiet der synallagmatischen Verträge ausgeschlossen[105]); allein das ist richtig nur für

[105]) Dernburg, Pandekten, Bd. II, § 19. Wendt, Pandekten, § 202. Windscheid, Pandekten, § 320. W. beschreibt die einseitigen Verträge folgendermaßen: „wenngleich sie die Partei, welche sie berechtigen, nicht zu einer Gegenleistung verpflichten, so schließen sie doch eine anderweitige Verpflichtung derselben nicht aus". Wenn dann W. Note 2 in Betreff dieser „nicht ausgeschlossenen" Verpflichtung weiter unterscheidet: „sie kann sein: a) bloß möglich, abhängig von besonderen Umständen, welche auch ausbleiben können, b) wesentlich, durch den Inhalt des Vertrages mit Nothwendigkeit gegeben", so gestehe ich, daß mir die logische Zulässigkeit dieser Distinktion weder auf den ersten noch auf den zweiten

den Zeitraum zwischen der Uebernahme des Auftrags und dem Beginn der Ausführung[106]); hat aber einmal der Geschäftsführer durch eine Aufwendung den Grund zu seinem Regresse gelegt, so gelten für das nunmehr zwischen seinen Rechten und Pflichten bestehende Verhältniß in allen wesentlichen Punkten dieselben Rechtssätze wie z. B. beim Kauf. Da wir nun in der Jurisprudenz aus einer Mehrheit von Thatbeständen nur deswegen einen Begriff abstrahiren, weil allen dazu gehörenden Fällen eine oder mehrere Rechtswirkungen gemeinsam sind, so sehe ich nicht ein, warum man nicht sagen soll, daß die gegenseitigen Rechte des Mandanten und Mandatar ein Synallagma[107]) bilden, oder um gleich die Hauptwirkung, die dem Synallagma zugeschrieben wird, hervorzuheben, daß zwischen Mandant und Mandatar das Recht der exc. non adimpleti contractus gilt[108]). Die Richtigkeit meiner Behauptung ergibt sich m. E. aus folgenden Rechtssätzen[109]):

Blick einleuchten will. Vgl. auch neuestens Adler im Jahrb. f. Dogm., Bd. 31, S. 235: „wer die sog. contr. bilat. inaequales zu den zweiseitigen Obligationen rechnet, der raubt dieser Eintheilung schlechthin die Bedeutung".

[106]) Vgl. oben Note 16 und 24. Der Auftrag ist kein „genetisches Synallagma" im Sinne von Bechmann, Kauf, Bd. I, S. 540 fg.

[107]) „Funktionelles Synallagma" im Sinne von Bechmann a. a. O.

[108]) Daß die gegenseitige Abhängigkeit der beiden Verpflichtungen beim Kaufe mittelst einer exceptio zur Geltung gebracht wurde, während beim Mandat das officium iudicis dazu genügte, beruht bekanntlich auf der historischen Entwicklung des Kaufrechts und kann für uns keinen Unterschied mehr begründen. Nichtsdestoweniger wird, so viel ich sehe, immer die exc. non adimpleti contr. als eine charakteristische Eigenthümlichkeit der synallagmatischen (im genetischen Sinne) Verträge dargestellt, Windscheid, Pandekten, § 321, Dernburg, Pand., Bd. II, § 21, Note 2, auch Brinz, Pandekten, § 288, Note 4, so daß man entschieden den Eindruck gewinnt, als sei das Mandat eben deshalb aus dem Begriff der synallagmatischen Geschäfte ausgewiesen, um ein engeres Gebiet für die Anwendbarkeit der Einrede des nichterfüllten Vertrages abzustecken.

[109]) Sogar die Rechtsfigur des negot. claudicans, die unter den Besonderheiten der synallagmatischen Rechtsverhältnisse aufgezählt wird, ist bei der neg. gestio in fr. 3 § 4 de n. g. 3, 5 anerkannt, jedenfalls für den Fall daß der Pupill die Geschäfte führt.

1. Der Geſchäftsführer verliert ſeinen Anſpruch nicht, wenn die Beendigung des Geſchäftes durch Kaſus vereitelt wird, oder wenn das zu Ende geführte Geſchäft durch nachfolgende Ereigniſſe ſeine urſprüngliche Nützlichkeit verliert[110]). Anders geſagt: der Geſchäftsherr trägt die Gefahr der in ſeinem Intereſſe angeſchafften Sachen und das Riſiko der fortdauernden Utilität des negot. utiliter coeptum. So ausgeſprochen zeigt ſich der Satz in voller Uebereinſtimmung mit dem Rechte des Kaufes: der Käufer trägt die Gefahr der Sache, er trägt auch (ſelbſtverſtändlich) die Gefahr der Utilität, denn er kann ſich auf eine ſog. claus. rebus sic stant. nicht berufen.

2. Wie ſteht es, wenn die begonnene Geſchäftsführung durch Schuld des Geſchäftsführers vereitelt wird, z. B. wenn die angeſchaffte Sache dolo vel culpa untergeht? Es ſind zwei Auffaſſungen möglich:

a) man läßt einen Erſatzanſpruch des Geſchäftsherrn entſtehen und bringt ihn mit dem fortdauernden Regreßanſpruch zur Kompenſation[111]). Daraus würde ſich die Möglichkeit ergeben, daß der Geſchäftsherr, obwohl die Sache ihm nicht zu Nutzen kommt, dem Geſchäftsführer etwas zu zahlen hat: nämlich die Differenz zwiſchen dem Anſchaffungspreis und dem (mittlerweilen geſunkenen) Werth, den die Sache im Moment ihres Unterganges hatte,

b) oder man nimmt an, daß der Geſchäftsführer durch ſein Verſchulden jedenfalls ſeinen Regreß einbüßt[112]) und eventuell noch

---

[110]) Windſcheid, Pand., § 430, Note 22. Dernburg, Pand., Bd. II, § 122, Note 31. Daſſelbe gilt natürlich auch für den Mandatar und für alle Fälle der „Geſchäftsführung im weiteren Sinne".

[111]) So Ruhſtrat, Jahrb. f. Dogm., Bd. 19, S. 445. (Bei anderen Schriftſtellern habe ich eine präziſe Beantwortung der Frage vergeblich geſucht.) In dieſem Sinne auch Entwurf I, § 596 (fehlt in II), aber nur für die „Vergütung", während der Einfluß der culpa auf den Erſatz der Auslagen weder im Text noch in den Motiven berührt wird.

[112]) Dieſen Standpunkt vertritt ein Urtheil des Reichsgerichts Bd. V, Nr. 1. (Andere Urtheile in dieſer Frage ſind mir nicht bekannt.) Der Kommiſſionär hat die angekauften Werthpapiere unbefugter Weiſe veräußert. Das Gericht ſagt u. A. S. 4: „Jedenfalls kann dem Auftrag-

dazu einen weiteren Schaden des Geschäftsherrn (lucrum cessans, Nothwendigkeit einer schnellen, daher kostspieligen Neuanschaffung) zu ersetzen hat. In diesem Sinne entscheidet die, soviel ich sehe, einzige einschlägige Pandektenstelle, fr. 21 de n. g. 3, 5 (Gaius):

> sive hereditaria negotia sive ea quae alicuius essent gerens aliquis necessario rem emerit, licet ea interierit, poterit quod impenderit iudicio negotiorum gestorum consequi veluti si frumentum aut vinum familiae paraverit idque casu quodam interierit, forte incendio ruina, sed ita scilicet hoc dici potest, si ipsa ruina vel incendium sine vitio eius acciderit: nam cum propter ipsam ruinam aut incendium damnandus sit, absurdum est eum istarum rerum nomine, quae ita consumptae sunt, quicquam consequi.

Wie steht es beim Kauf? Die Quellen schweigen. In der Literatur ist, vielleicht aus diesem Grunde, eine deutliche Antwort nicht zu finden. Ich glaube jedoch annehmen zu dürfen, daß die Frage von den Meisten gemäß b) entschieden werden würde: jedenfalls exc. non adimpleti contr. und daneben, soweit der Schaden des Käufers nicht durch den Wegfall der Kaufschuld gedeckt wird, a. emti auf Ersatz des Schadensüberschusses. Somit hätten wir auch hier Uebereinstimmung zwischen Kauf und Geschäftsführung zu konstatiren: a. venditi und mand. contr. werden beide durch culpa vernichtet, sind also gewissermaßen mit der cond. iuris der ordnungsmäßigen Vertragserfüllung behaftet und werden erst mit der Erfüllung oder, was dem gleichsteht, mit der schuldlosen Unmöglichkeit der Erfüllung perfekt. — Uebrigens ist diese Entscheidung keineswegs so selbstverständlich, wie ihre allgemeine Nichterwähnung anzudeuten scheint; sie kann vielmehr u. U. zu einer sehr bedeutenden Härte führen: die Sache ist für ihren wahren Werth (100) verkauft resp. durch den Mandatar

---

geber das Recht nicht verschränkt werden, unter Zurückweisung der Ergebnisse jenes Verfahrens (sc. der Veräußerung) über die Effekten seine Verpflichtung aus dieser Ausführung des Einkaufsauftrages abzulehnen, weil dieselbe in ihrer verbindenden Wirkung durch die Verfügung über das Gut . . . beseitigt worden (ist)".

angeschafft, der Werth sinkt in Folge kasueller Beschädigung auf 20. Dieses periculum deteriorationis von 80 trägt der Käufer resp. der Geschäftsherr, d. h. er muß gewärtigen, für die Sache, welche nur noch 20 werth ist, die vollen 100 zahlen zu müssen. Nun geht die beschädigte Waare durch Schuld des Verkäufers resp. Mandatars verloren. Damit erlischt die a. vend. resp. mand. contr., der Schuldige erleidet also einen Verlust, welcher größer ist, als der Schaden, den er verursacht hat, der Käufer resp. Geschäftsherr dagegen bekommt durch Befreiung von seiner Schuld mehr, als den vollen Schadensersatz[113]).

Wie lange dauert der Zeitraum, innerhalb welchem ein Verschulden des Geschäftsführers seinen Regreß zerstört? Beim Kauf ist die entsprechende Frage leicht zu beantworten: bis zur Tradition[114]). Bei der Geschäftsführung ist m. E. der Moment des Eigenthumsüberganges nicht maßgebend: denn der Mandatar kann mich beim Empfang der von ihm gekauften Sache zum Eigenthümer machen und doch scheint es mir richtig, ihm so gut wie dem negot. gestor jeden Regreß zu versagen, wenn er die Sache, statt sie mir auszuliefern, unterschlägt oder zerstört. Es muß vielmehr auf den Moment gesehen werden, in welchem der Geschäftsführer seine Pflicht absolvirt, das begonnene Geschäft zum Abschluß bringt. Doch kann dieser Grundsatz bei länger dauernder Geschäftsführung nicht ohne Weiteres gelten. Hier wird wohl anzunehmen sein, daß jede periodische Rechnungslegung dem (wenn man es so nennen darf) periculum culpae des Geschäftsführers ein Ende macht: wenn ein Verwalter eine angeschaffte Sache in der auf die Anschaffung unmittelbar folgenden Zeit vernichtet, so wird man ihm den Regreß versagen; wenn er dem Herrn Rech-

[113]) An diesem Beispiel zeigt sich, daß das Interesse als ausschließlicher Maßstab des Schadensausgleiches auch in unserem heutigen Rechte nicht so unbedingt durchgedrungen ist, wie es nach dem allgemeinen Theil der Pandektenlehrbücher den Anschein hat. Für ein anderes Gebiet habe ich diesen Gedanken ausgeführt in meiner Festschrift für Ihering „Zur Schätzung des Schadens in der lex Aquilia", Basel 1892.

[114]) Hat der Verkäufer die Sache in Folge eines constit. poss. noch in Händen, so haftet er aus dem späteren Vertrage auf Schadensersatz, kann aber die definitiv erworbene a. vend. nicht mehr einbüßen.

nung gelegt hat und dann die culpa begeht, so hat er bloß den im Moment der That noch vorhandene Werth zu ersetzen.

3. Ist die Leistung des Geschäftsführers noch möglich, so sind, wenn nichts anderes verabredet ist, die beiderseitigen Verpflichtungen „Zug um Zug" zu erfüllen. Dieser Rechtssatz wird in der Literatur weder bestritten noch auch zugegeben[115]) — denn das Mandat soll ja nicht „synallagmatisch" sein. Ich halte ihn nichtsdestoweniger für zweifellos[116]); denn wer soll zur Vorleistung verpflichtet sein: Mandant oder Mandatar? Auch glaube ich, daß das gesammte Sonderrecht der exc. non ad. contr. beim Mandat und den anderen Arten der Geschäftsführung[117]) zur Anwendung kommt: wenn der Beklagte (Mandatar) behauptet, Kläger habe seine (Regreß)pflicht nicht erfüllt, so muß Kläger den Beweis seiner Vertragserfüllung führen; vermag er es nicht, so erfolgt nicht Ab-

---

[115]) Er wird **vorausgesetzt**, wenn man das benef. cedend. act. auf die Grundsätze des Mandats zurückführt, Dernburg, Pand. Bd. II, § 80, Note 7, vgl. fr. 27 § 5 mand. 17, 1: si mandatu meo Titio credideris et mecum mandati egeris, non aliter condemnari debeo, quam si actiones tuas, quas adversus Titium habes, mihi praestiteris. Nicht anders würde **Gaius** entschieden haben, wenn es sich nicht um ein Kreditmandat (wie aus dem Schluß der Stelle hervorgeht), sondern um einen echten Auftrag zur Begründung einer Forderung im Interesse des Mandanten handelte. — Die synallagmatische Natur des Mandats wird ferner vorausgesetzt, wenn man (mit Recht) hervorhebt, daß der sog. indirekte Stellvertreter in der Regel Besitz und Eigenthum zunächst für sich erwirbt, um daran eine Sicherung für die übernommenen Verpflichtungen zu haben; **Dernburg**, Pandekten, Bd. I, § 180, Nr. 3, **Jhering**, Besitzwille S. 379.

[116]) Ein prinzipieller Ausspruch der Quellen ist mir allerdings nicht bekannt. Allein vgl. fr. 59 § 1 mand. 17, 1: Paulus respondit fideiussorem, qui rem pignoris iure obligatam a creditore emit, mandati iudicio conventum ab herede debitoris **oblato omni debito** restituere cum fructibus cogendum neque habendum similem extraneo emptori, cum in omni contractu bonam fidem praestare debeat. cf. fr. 1 pr. quib. mod. 20, 6, c. 1 C. de dolo 2, 20, vgl. auch fr. 135 § 2 de v. o. 45, 1, wo der Inhalt der a. mandati directa in eine bedingte Stipulation aufgenommen ist.

[117]) Vielleicht mit Ausnahme der Geschäftsführung (Impensen) des Depositars, vgl. **Dernburg**, Pand. II, § 92, Note 20.

weisung der Klage, sondern bedingte Verurtheilung[118]), ganz wie beim Kauf. Aus dieser Gleichartigkeit der Rechtslage, die ich bis auf Gegenbeweis nicht umhin kann anzunehmen, scheint sich nun zu ergeben, daß es ein systematischer Fehler ist, wenn man Kauf, Miethe 2c. als „gegenseitige Verträge" dem Mandat entgegensetzt. Für die Rechtslehre ergibt sich daraus die Nothwendigkeit, den größten Theil dessen, was man von den gegenseitigen Verträgen ausgesagt hat, beim Mandat zu wiederholen; aber der Fehler hat auch eine praktische Tragweite: Konkursordnung § 15 gilt als auf das Mandat nicht anwendbar[119]), der Einkaufsmandatar, welcher die Sache mit eigenem Gelde und in eigenem Namen gekauft hat, müßte sie also an den Konkursverwalter ausliefern und wäre auf die Dividende angewiesen[120]). Nur der Einkaufskommissionär ist durch K.-O. § 41 Nr. 8 vollkommen gesichert. Daß der Kommissionär einen weiteren Schutz verdient, als der civilrechtliche Mandatar, ist gewiß verständlich. Daß aber letzterer im Konkurse des Mandanten nicht einmal den Schutz genießen kann, welcher dem Verkäufer gewährt wird, ist ein Rechtssatz, welcher m. E. eine genauere Rechtfertigung erheischt, als in dem bloßen Hinweis darauf enthalten ist, daß das Mandat nicht zu den Verträgen gehört, welche man synallagmatische zu nennen pflegt[121]).

4. Regreß und Kaufgeldsklage werden beide perfekt erst durch die Erfüllung (resp. die schuldlose Unmöglichkeit derselben); aber

---

[118]) Vgl. Entsch. des R.-O.-H.-G. Bd. VII Nr. 101, S. 380.

[119]) Vgl. Kommentar von Petersen und Kleinfeller, 2. Aufl., S. 60. Neuestens Oetker in Ztschr. f. Civ.-Prozeß, Bd. 14, S. 23 fg. Mandry, Civilrechtl. Inh. d. Reichsges. § 43, S. 390 (3. Aufl.).

[120]) Ein Absonderungsrecht kann der Mandatar (ganz abgesehen davon, daß die angeschaffte Sache noch in seinem Eigenthum steht) nicht geltend machen; denn K.-O. § 41 ist limitativ, und die Erstattung der Anschaffungskosten läßt sich nicht unter § 41 Nr. 7 (Verwendungen zum Nutzen einer Sache) subsumiren.

[121]) Der Entwurf hat am bestehenden Rechte in diesem Punkte nichts geändert. Die Motive Bd. II halten die Anwendbarkeit von § 15 K.-O. auf das Mandat auf S. 552 für zweifelhaft, auf S. 551, wie es scheint, für zweifellos. — Ueber die Schutzlosigkeit des Mandatars in Bezug auf die Deckung vgl. unten § 5, Note 46.

der Inhalt des perfekt gewordenen Anspruchs bestimmt sich nach einer früheren Thatsache, beim Kauf nach der Verabredung, bei der Geschäftsführung nach dem zur Anschaffung der Sache gebrachten Vermögensopfer (Erogation oder Intercession). Der Verkäufer hat die Sache zu festem Preise, d. h. auf eigene Rechnung zu liefern, der Mandatar zum Anschaffungspreis, d. h. auf Rechnung des Geschäftsherrn[122]).

VIII. Beginn und Vorbereitung der Geschäftsführung.

Bei der Geschäftsführung mit successivem Thatbestande sind, wie wir gesehen haben, zwei Momente von Bedeutung:

a) der Moment des Vermögensopfers, nach welchem sich der Inhalt des Regresses bestimmt: bei Erogation — Erstattung, bei Intercession — Befreiung[123]);

b) der Moment der vollendeten Geschäftsführung; jetzt ist der Regreß definitiv erworben, sein Fortbestand unterliegt den allgemeinen Grundsätzen über Aufhebung der Obligationen.

Den ersten Moment kann man, was den Regreß anbetrifft[124]), als Beginn der Geschäftsführung bezeichnen. Die Frage, wann die Geschäftsführung als in diesem Sinne be-

---

[122]) Daher gibt es ein Zwischengebiet, d. h. Fälle, in welchen Kauf und Einkaufsmandat sich nahe berühren und schwer zu scheiden sind, z. B. Selbsteintritt des Kommissionärs oder: A verkauft an B eine Sache zu dem Preise, um welchen er sie von X anschaffen wird. Sind hier, für Eviktion ꝛc. die Regeln des Kaufs oder Mandates anzuwenden?

[123]) Vorbehalten die Weiterentwicklung der Interzessionswirkungen, welche bei Geltendmachung des Regresses schon in das Stadium der Erogation eingetreten sein können. Vgl. oben S. 54.

[124]) Die Verpflichtung des Geschäftsführers zur Ausführung des Geschäftes beginnt oft schon in einem früheren Zeitpunkt, beim Mandat mit Uebernahme des Auftrages (fr. 6 § 1 mand. 17, 1), bei der neg. gestio mit der Einmischung in die Rechtssphäre des dominus, namentlich wenn dadurch ander hülfbereite Personen ferngehalten wurden (fr. 5 § 14 de n. g. 3, 5). Der Regreß ist dagegen in diesen Momenten noch nicht begründet, sondern es ist erst der Rechtsboden geschaffen, auf welchem der Regreß aus den einzelnen Aufwendungen erwachsen kann; das Mandat ist eben kein „genetisches Synallagma". Vgl. oben Note 106.

gonnen gelten kann, ist aber oft schwer zu beantworten, und zwar nicht nur bei der neg. gestio, wo sie gewöhnlich allein behandelt wird, sondern u. U. auch beim Mandat. Wenn z. B. G ein Darlehn aufnimmt und mit dem erhaltenen Gelde eine Sache für D mit oder ohne Auftrag von D anschafft, so ist dreierlei möglich, entweder: a) die Geschäftsführung (resp. Ausführung des Mandats) hat mit der Aufnahme des Darlehns begonnen, Anschaffung und Ablieferung der Sache ist nur Fortsetzung und Vollendung der Geschäftsführung; dann ist die Gefahr mit der Darlehensaufnahme auf D übergegangen und nach demselben Moment bestimmt sich auch der Inhalt des Regresses, G kann Liberation verlangen; oder: b) G hat das Darlehn auf eigene Rechnung aufgenommen und sich dadurch in den Stand gesetzt, die Geschäftsführung für D anzutreten (resp. die übernommene Mandatspflicht zu erfüllen); dann beginnt die Geschäftsführung erst mit Anschaffung der Sache, in diesem Moment geht die Gefahr auf D über; nach diesem Moment richtet sich Inhalt und Umfang des Regresses: G hat den Kaufpreis, den er für die Sache ausgelegt hat, zu verlangen; c) endlich wäre noch eine dritte Anschaffung möglich: auch die Anschaffung ist noch auf Rechnung des G erfolgt, der Beginn der Geschäftsführung liegt in der Verwendung (welche G als neg. gestor oder in Folge eines Auftrags vornahm); dann trägt D auch nicht die Gefahr der Sache und der Regreß des G geht nicht auf den Kaufpreis, sondern auf den Werth, den die Sache im Moment der Verwendung hatte.

Dieselbe Handlung, Aufnahme des Darlehens, hat also, je nach der Absicht des Handelnden, eine ganz verschiedene rechtsgeschäftliche Bedeutung: sie ist im Falle a) *Beginn* der Geschäftsführung, in den Fällen b) und c) nur *Vorbereitung* der Geschäftsführung. An welchen äußeren Merkmalen läßt sich nun die Willensrichtung des G erkennen?

Beim *Mandat* finden sich Anhaltspunkte im Inhalt des Auftrags. Geht z. B. der Auftrag auf Aufnahme eines Darlehns auf Rechnung des D oder auf Ankauf einer Sache auf Kredit (dahin gehört in der Regel der Auftrag zu einem Zeitkauf), so ist der Beginn der Geschäftsführung und die Art der Aufwendung (Inter-

cession) zweifellos. Wenn umgekehrt das Mandat dem Geschäftsführer eine erogatio zur Pflicht macht, z. B. Baarkauf oder Verwendung auf eine Sache des Geschäftsherrn, so kann man annehmen, daß der Geschäftsführer, der sich die Mittel zur erogatio durch ein Darlehn verschafft, dies auf eigene Rechnung thut: dann trägt er die Gefahr des geliehenen Geldes und kann Erstattung des aufgewendeten Geldes verlangen, ohne Unterschied, ob er das Darlehn zurückerstattet hat oder nicht. Aber es läßt sich nicht immer aus dem Inhalt des Mandats bestimmen, welche Handlungen des Mandatars in Ausführung und welche zur Vorbereitung der Ausführung vorgenommen sind. Wenn z. B. bei einer aufgetragenen Vermögensverwaltung oder auch bei einem einzelnen Geschäft eine unvorhergesehene Ausgabe nöthig wird und der Mandatar, weil er die Geldsumme nicht bei der Hand hat, ein Darlehn aufnimmt, so kann dies auf Rechnung des Auftraggebers geschehen sein; denn der Mandant muß für alle Handlungen des Mandatars, die zur Ausführung des Auftrags nothwendig sind, einstehen und die Darlehensaufnahme auf Rechnung des Mandanten kann nothwendig sein, da der Mandatar ohne besondere Verabredung nicht verpflichtet ist, in Vorschuß zu gehen und zu diesem Zweck sich das erforderliche Geld auf eigenes Risiko zu verschaffen. Aber nichts hindert den Mandatar, ein anderes Verfahren zu wählen: das Geld auf eigene Rechnung zu leihen und dem Geschäftsherrn nicht das Darlehen, sondern die verwendete Geldsumme in Rechnung zu stellen, also seiner Pflicht durch erogatio statt durch intercessio zu genügen. Diese Wahl muß aber der Mandatar gleich bei Aufnahme des Darlehens treffen. Hat er das Darlehn auf eigene Rechnung genommen, so kann er nicht, wenn das Geld durch Zufall untergeht, diesen Verlust dem Geschäftsherrn bloß deßhalb zuschieben, weil er bei Aufnahme des Darlehens die Erfüllung seiner Auftragspflicht im Auge hatte[125]).

[125]) Ganz anders steht es bei den Rechtsverhältnissen, in welchen die Leistung nicht auf Rechnung des Empfängers, sondern auf die des Leistenden beschafft wird, und dieser dafür einen festen Lohn erhält, wie z. B. beim Verkauf, beim Werkvertrag, bei dem pactum de mutuo dando etc. Es ist Sache des Verkäufers, des Unternehmers, des Darleihers, die Vor-

Da es vom Willen des Mandatars abhängt, ob er das Geschäft als Bestandtheil seiner Gestion oder als Vorbereitung dazu abschließen will, so wird die Beweisfrage oft mit großen Schwierigkeiten verbunden sein: doch wird der Richter bisweilen in den Umständen einen Anhaltspunkt für die Absicht des Mandatars finden können: wenn der Mandatar z. B. eine Sache anschafft, welche er in seiner eigenen Wirthschaft nicht zu brauchen pflegt, so wird daraus leicht eine praesumptio hominis zu entnehmen sein, daß dieser Ankauf auf Rechnung des Mandanten geschlossen ist. Ist dagegen das fragliche Geschäft seinem Gegenstand nach indifferent, d. h. so beschaffen, daß es ebensowohl den Zwecken des Mandatars selbst, wie denen des Mandanten zu dienen vermag (z. B. Darlehn), so wird wohl im Zweifel der normale Fall anzunehmen sein, daß nämlich das auf eigenen Namen geschlossene Geschäft auch auf eigene Rechnung des Mandatars eingegangen ist. Eine abweichende Absicht muß in irgend einer erkennbaren Weise hervorgetreten sein, damit das Geschäft auf Rechnung des Mandanten gestellt werden

bereitungen zu seiner Leistung zu treffen, die zukünftige Kaufsache herzustellen, die generisch bestimmte Sache zu beschaffen, das Werk zu vollenden, das Geld für das Darlehn aufzubringen. Diese Handlungen gehen auf Rechnung desjenigen Kontrahenten, der sie gegen eine bestimmte Gegenleistung übernommen hat. Er trägt die Gefahr, daß die Herstellungskosten sich höher belaufen, als er voraussah, oder daß die Vorbereitungen durch unglücklichen Zufall zerstört werden. Auf der anderen Seite hat er die Chance des Gewinnes: er braucht dem Käufer, Besteller, Entleiher keine Rechenschaft über die Kosten der Anschaffungen zu geben, denn sein Anspruch auf die Gegenleistung ist von diesen Kosten unabhängig, beruht auf dem Versprechen des Mitkontrahenten, nicht auf der Thatsache des Aufwandes. Neuerdings hat Thon, Arch. f. civ. Pr., Bd. 80, S. 63 fg. die Vorbereitungshandlungen des Kontrahenten unter den Gesichtspunkt der neg. gestio gestellt, um die Ersatzpflicht bei Widerruf der Offerte zu begründen. Gewiß kann man sagen, daß der Kontrahent, welcher Vorbereitungen zur Vertragserfüllnng trifft, ebensosehr im Interesse des Mitkontrahenten wie im eigenen handelt, allein Geschäftsführung mit deren charakteristischen Rechtsfolgen ist dieser Thatbestand natürlich nur dann, wenn der Vertrag nicht zu Stande kommt (Thon a. a. O. S. 93); ist der Vertrag geschlossen, so ist dessen Erfüllung ein eigenes Geschäft des Erfüllenden: was er thut, geschieht zur Abwendung der Folgen der Nichterfüllung resp. zum Erwerb des Anspruchs auf die Gegenleistung. Vgl. oben S. 21.

kann. Die Mittel der Konstatirung dieser Absicht können sehr verschieden sein, z. B. Mittheilung an den Mandanten von der Nothwendigkeit, zur Ausführung des Auftrags ein Darlehn einzugehen, Eintrag in die Rechnung, die der Mandant führt, Mittheilung des Sachverhaltes an den Gläubiger oder an dritte Personen, Aufbewahrung des erhaltenen Geldes getrennt von dem eigenen.

Dieselbe Schwierigkeit der Unterscheidung zwischen dem wirklichen Beginn der Geschäftsführung und den auf eigene Rechnung unternommenen Vorbereitungshandlungen findet sich, vielleicht in noch verstärktem Maße, bei der negotiorum gestio. Denn hier fehlen die Anhaltspunkte, welche der Inhalt des Auftrags gewährt: man ist für die Beurtheilung des Geschäftes auf die viel vageren Grundsätze über utilitas negotii angewiesen.

Für unsere Frage scheint mir zunächst ein von Ruhstrat[126]) mehrfach ausgeführter Gedanke von maßgebender Bedeutung zu sein: wenn der Geschäftsherr die Verwaltung seiner Geschäfte resp. des betreffenden einzelnen Geschäftes, um das es sich handelt, selbst besorgt, so hat es für ihn kein Interesse, wenn ein Gestor „bloße Verwaltungshandlungen" (darunter versteht R. Handlungen, die nicht sofort das Vermögen des D afficiren, z. B. Darlehnsaufnahmen) für ihn ausführt. Erst die Verwendung des geliehenen Geldes, der gekauften Sache ist in diesem Falle der Beginn der Geschäftsführung, erst von diesem Moment trägt der D die Gefahr. Und D hat, fügen wir hinzu, den Werth der verwendeten Sache, nicht das zu ihrer Anschaffung gebrachte Opfer zu vergüten. Ist dagegen D durch Abwesenheit oder sonstige Gründe verhindert, seine Verwaltung zu führen, so ist es für ihn in der Regel von Interesse, daß ein Gestor die Verwaltung übernimmt, und daher ist jede mit der erforderlichen Sorgfalt ausgeführte Verwaltungshandlung, also jede Kontraktschließung ein utiliter gestum. Selbstverständlich muß diese Kontraktschließung selbst animo negotia gerendi, d. h. auf Rechnung des D erfolgt sein, um als Bestandtheil der Geschäftsführung gelten zu können. Eine dahin gerichtete Absicht des Geschäftsführers ist aber durchaus nicht immer vorhanden. Nichts

[126]) Zuletzt im Jahrb. f. Dogm., Bd. 27, S. 123.

hindert ihn, ein Darlehn auf eigene Rechnung, wenn auch zu Zwecken der Geschäftsführung, aufzunehmen. Ruhstrat scheint mir daher nur insoweit Recht zu haben, als eine „Verwaltungshandlung" nur dann als Bestandtheil der Geschäftsführung gelten kann, wenn der Dominus an der eigenen Verwaltung verhindert ist. Ob aber unter solchen Verhältnissen der betreffende Darlehens- oder Kaufvertrag des G wirklich in die Geschäftsführung gehört oder nur Vorbereitungshandlung ist, bleibt m. E. quaestio facti; man ist dabei auf ähnliche Erwägungen angewiesen, wie beim Mandat.

Von großer Bedeutung scheint mir in dieser Frage, sowohl bei Mandat als bei neg. gestio, die Lebensstellung des Geschäftsführers und sein persönliches Verhältniß zum Geschäftsherrn zu sein. Es gibt Personen, bei denen man annehmen kann, daß sie schon die ersten Schritte, die zur Wahrung der Interessen des Geschäftsherrn nöthig sind, auf Rechnung deffelben gethan haben; dazu gehört m. E. der römische procurator in dem von Schloßmann[127]) fixirten Sinne. Ein solcher pflegte wohl als mehr oder minder vermögensloser Mann auf eigene Rechnung überhaupt keine Geschäfte oder wenigstens keine erheblichen Geschäfte zu machen; wenn er daher ein Darlehen aufnahm zu einer Zeit, in welcher die Vermögenslage des Geschäftsherrn baare Geldmittel erheischte, so wird es ihm, selbst wenn er das Geld verloren hatte, ein leichtes gewesen sein, darzuthun, daß er schon bei Eingehung des mutuum den animus negotia gerendi hatte. Wahrscheinlich erklärt es sich aus diesem Umstande, daß die Quellen für die eben von mir besprochene Frage so unergiebig sind. Denken wir uns dagegen statt des procurator eine Person G, die dem Abwesenden D, dessen Geschäfte zu führen sind, in socialer und ökonomischer Beziehung gleichsteht. G nimmt zu diesem Zwecke ein Darlehen auf (oder erhebt ein Guthaben bei seinem Banquier). Hier werden wir eher geneigt sein, anzunehmen, daß diese Bereitstellung der Geldmittel auf eigene Rechnung und Gefahr des G geschah — also Vorbereitung zur Geschäftsführung ist — selbst wenn G durch Mandat oder Einmischung sich zur Besorgung des Geschäftes schon

[127]) Besitzerwerb durch Dritte S. 89 fg.

verpflichtet hatte, daß also der Regreß erst aus der Verwendung des Geldes entsteht und auf Erstattung (mit Legalzinsen) nicht auf Liberation geht. Für die entgegengesetzte Auffassung des Rechtsverhältnisses bedarf es hier m. E. besonderer Anhaltspunkte [128]).

§ 5. Der Anspruch auf Liberation.

I. Stellung im System.

Die römische Schuleintheilung der Obligationen beruhte bekanntlich auf den Entstehungsgründen: Kontrakt, Delikt u. s. w.

[128]) In diesem Sinne, in Verbindung mit dem was ich oben Note 58 über den Zusammenhang zwischen Liberationsanspruch und SC. Vell. bemerkt habe, glaube ich die vielbestrittene c. 13 ad SC. Vell. 4, 29 interpretiren zu können: si fenebris pecunia iuxta fidem veri a creditore tibi data est, sive tota quantitas fenoris sive pars eius in usum mariti processisse proponatur, decreto patrum non adiuvaris, licet creditor causam contractus non ignoraverit. Die Auslegung dieser Stelle bei Hasenbalg, Intercession, S. 147 fg., ist schon deswegen falsch, weil er, im Anschluß an ältere Autoren, iuxta fidem veri als contra fidem veri auffaßt, während es secundum fidem veri bedeutet, wie man nöthigenfalls aus einem Wörterbuch ersehen kann. Die Frau ist, sagt der Kaiser, in der That Darlehensschuldnerin, und nicht etwa Empfangsperson bei einem vom Manne kontrahirten Darlehn, in welchem Falle sie nach fr. 5 pr. qd. iussu 15, 4 ipso iure nicht haftbar wäre. Aber sie hat das Darlehen mit Vorwissen des Gläubigers im Interesse des Mannes aufgenommen, und soll doch die exc. Vell. nicht anrufen dürfen. Windscheid, Pand., § 485, Note 20 meint: „die Frau hat nicht die Absicht, daß das Darlehn durch den Mann solle zurückgezahlt werden; sie will es vielmehr selbst zurückzahlen und das Gezahlte dem Manne in Anrechnung bringen (a. neg. gest. contr.)". W. scheint anzunehmen, daß die a. neg. g. c. erst mit der Verwendung des Geldes entstehen könne. In der That kann aber u. U. schon die Aufnahme des Darlehens das negot. utiliter coeptum sein. Ob das der Fall ist, oder ob die Darlehensaufnahme als Vorbereitung für eine beabsichtigte Geschäftsführung aufzufassen ist, ist quaestio facti. Beim procurator würden, wie ich glaube, die Römer Ersteres annehmen, bei der Ehefrau liegt in Anbetracht ihrer selbständigen Rechtsstellung die zweite Möglichkeit näher: sie leiht das Geld zwar in der, sogar dem Gläubiger mitgetheilten, Absicht, es für den Mann zu verbrauchen, aber sie hat damit die Geschäftsführung noch nicht begonnen, das Geld ist zu ihrer freien Disposition, sie kann ihren Willen ändern, sie hat daher gegen den Mann keinen Liberationsregreß und darum keine exc. Vell.

und war genau genommen eine Eintheilung der actiones; das id quod venit in actionem wurde für jede einzelne actio besonders, mit gelegentlichen Hinweisungen auf verwandte Klagen behandelt. Daher blieb das andere mögliche Eintheilungsprincip der Obligationen, der Inhalt der Leistung, auffallend vernachlässigt. Die bekannte Trichotomie: dare, facere, praestare ist ein sehr unvollkommener Versuch der Systematisirung[1]): nur „dare" hat meist einen fest bestimmten Sinn, „facere" läßt sich nur negativ im Gegensatz zu dare bestimmen, über die Bedeutung von praestare herrscht die bunteste Verschiedenheit der Meinungen[2]). In dieser Eintheilung fand der Liberationsanspruch seinen Platz unter den obligationes faciendi:

> fr. 45 § 5 mand. 17, 1: quotiens autem ante solutam pecuniam mandati agi posse diximus, faciendi causa non dandi tenebitur reus et est aequum, sicut mandante aliquo actionem nacti cogimur eam praestare iudicio mandati, ita ex eadem causa obligatos habere mandati actionem, ut liberemur. (Paulus).

Die Bezeichnung des Liberationsanspruches als obl. faciendi ist jedoch für die Erkenntniß der Natur dieses Anspruches von keinem großen Werth. Denn es gibt keinen Rechtssatz, der für die obligationes faciendi als solche und nur für diese gilt, und bei der großen Mannigfaltigkeit der Leistungen, welche die Römer mit dem Worte facere bezeichneten, konnte es einen solchen Satz überhaupt nicht geben[3]). Zwar wird uns von Justinian[4]) berichtet, daß die aktive und passive Vererblichkeit der stipulationes faciendi streitig gewesen sei, aber man kann wohl annehmen, daß der Streit sich nicht auf die Gesammtheit der als facere bezeich-

[1]) Windscheid, Pandekten, § 252, Note 4. Dernburg, Pandekten, Bd. II, § 23.

[2]) Vgl. neuestens Jhering, Geist des römischen Rechts, 4. Aufl., III. Theil, Vorrede S. XXIV sq.

[3]) Savigny, Obligationenrecht, Bd. 1, S. 301.

[4]) c. 13 de contr. stip. 8, 37: veteris iuris altercationes decidentes sancimus omnem stipulationem, sive in dando sive in faciendo sive mixta ex dando et faciendo inveniatur, et ad heredes et contra heredes transmitti etc.

neten Leistungen, sondern auf die einzelnen Arten des facere bezog, welche mehr oder minder von der Persönlichkeit des Gläubigers oder Schuldners abhängig sind. Diesen in der Natur der Verhältnisse begründeten Zweifel an der Vererblichkeit hat auch die plumpe Entscheidung Justinians nicht aus der Welt schaffen können[5]). In die Kategorie des höchst persönlichen und daher unvererblichen facere gehört nun aber der Liberationsanspruch jedenfalls nicht. Denn er wirkt zu Gunsten des Vermögens des Berechtigten (ohne Ansehen der Person) und er wird auf Kosten des Vermögens, nicht der Persönlichkeit, des Verpflichteten erfüllt.

Die Liberation wird m. E. von Paulus nur deswegen als causa faciendi bezeichnet, weil sie nicht in einem dare d. h. in der Zuwendung eines Rechtes an den Berechtigten besteht. Freilich wird der Liberationspflichtige, wenn er es zum Proceß kommen läßt, im klassischen Recht zu einer Geldleistung an den Kläger verurtheilt, aber wenn er seine Pflicht freiwillig erfüllt, so geschieht das nicht durch ein dare an seinen Gläubiger, sondern in anderer Weise.

Die moderne Dogmatik begnügt sich meist damit, die Unzulänglichkeit der römischen Eintheilung festzustellen, eine Anzahl von Gegensätzen in Betreff der Leistung (Theilbarkeit, Bestimmtheit) hervorzuheben und einzelne Leistungsarten (Geld, Interesse, Zinsen) genauer zu besprechen. Eine systematische Uebersicht über die verschiedenen Arten der Leistung wird selten versucht, höchstens wird eine dem dare facere der Römer analoge Eintheilung in „Geben" („Sachleistung") und „Thun" aufgestellt[6]). So kann es nicht Wunder nehmen, daß der Liberationsanspruch, da er bei

[5]) Windscheid, Pandekten, § 359, Note 2. Mommsen, Beiträge zum Obl.-Recht I, S. 70.

[6]) Savigny, Obligationenrecht, Bd. I, S. 297 fg. Mommsen, Beiträge zum Obligationenrecht I, S. 10. Hartmann, Obligation, S. 195, 211. Abweichend ist die von Brinz, Pandekten, Bd. II, § 217, angenommene Unterscheidung von „Schulden" und „Verbindlichkeiten". Wie schwankend die Unterscheidung zwischen „Geben" und „Thun" ist, zeigt sich daran, daß der Liberationsanspruch von Savigny zum „Geben", von Mommsen a. a. O., S. 56 und Hartmann a. a. O., S. 212, zum „Thun" gerechnet wird.

verschiedener Entstehung nur durch den Inhalt der Leistung zu einem Begriff erhoben wird, nirgends ex professo behandelt wird. Er wird gelegentlich erwähnt, z. B. in der katalogartigen Aufzählung der möglichen Leistungsarten bei Windscheid[7]), zusammen mit der Befreiung von dinglichen Lasten, von denen nur das Pfandrecht, nicht die Servituten, mit einer obligatorischen Belastung des Vermögens verglichen werden kann[8]). Auffallender Weise wird der Liberationsanspruch in der Lehre vom Interesse nie erwähnt. Und doch sollte man meinen, daß die Unterscheidung von lucrum cessaus und damnum emergens noch einen Schritt weiter hätte führen können: außer durch Verminderung der Aktiven, woran man bei damnum emergens ausschließlich zu denken pflegt, kann ja das Vermögen auch durch Vermehrung der Passiven abnehmen.

II. Vorkommen des Liberationsanspruchs.

Ein Anspruch auf Befreiung von einer Schuld entsteht, außer beim Regreß des Geschäftsführers, auch noch aus zahlreichen anderen Thatbeständen, von denen ich hier die wichtigsten anführen will[9]); ein Liberationsanspruch entsteht vor Allem:

1. aus einem dahin gehenden Vertrage: Schuldübernahme gegenüber dem Schuldner[10]). Hierhin gehören ferner

---

[7]) Pandekten II, § 252, zu Note 4.

[8]) Vgl. oben S. 50.

[9]) Wir denken beim „Liberationsanspruch" nur an die Fälle, in welchen L verpflichtet ist, den D von einer Forderung des C zu befreien. Der Liberationsanspruch, der bei den Römern als Recht des Schuldners gegen den Gläubiger häufig vorkommt, hat eine ganz andere juristische Struktur. Vgl. unten Note 72.

[10]) Windscheid, Pandekten, § 338, Note 9. Dernburg, Pandekten, Bd. II, § 53, Note 2. A. M. Menzel (Grünhut's Zeitschrift, Bd. XI, S. 661): Der Uebernehmer sei nicht zur Befreiung, sondern zur rechtzeitigen Zahlung der übernommenen Schuld verpflichtet; denn bei Verweigerung des Beitritts durch den Gläubiger gäbe es nur ein Mittel zur Lösung der Schuld: die Zahlung; diese müsse jedoch keineswegs sofort erfolgen. Letzteres ist m. E. zuzugeben: es kommt darauf an, ob der Schuldübernehmer sofortige Befreiung oder Befreiung in einem späteren Zeitpunkt (z. B. bei Fälligkeit der Schuld), versprochen hat. Aber es ist nicht richtig,

m. E. gewisse Fälle des Garantievertrages, z. B. L verspricht dem D, dafür einstehen zu wollen, daß letzterer aus einem bestimmten Rechtsverhältniß überhaupt nicht oder nicht über einen gewissen Betrag Schuldner werde[11]), oder daß er im Stande sein werde, aus dem Ertrag eines Unternehmens eine Schuld zu zahlen (Zinsgarantie)[12]). L ist eintretenden Falls verpflichtet dafür zu sorgen, daß D die betreffende Schuld nicht aus eigenen Mitteln zu zahlen braucht, d. h. den D zu liberiren;

2. aus einem Vermächtniß: der Erbe ist verpflichtet, den Vermächtnißnehmer von seinem Gläubiger zu befreien[13]);

---

daß die Befreiung, sobald der Gläubiger den Beitritt zum Vertrage abgelehnt hat, nur noch durch Zahlung erfolgen könne. Der Uebernehmer kann z. B. den Gläubiger durch spätere Verhandlungen zum Erlaß bewegen, er kann die Forderung erwerben (durch Erbgang, Pfändung u. s. w.), die Forderung kann auf andere Weise als durch Zahlung erlöschen. Mit Rücksicht auf diese Möglichkeiten scheint es mir richtiger, daran festzuhalten daß der Uebernehmer zur Befreiung des Schuldners verpflichtet ist, wenn er auch seine Pflicht in den meisten Fällen durch Zahlung an den Gläubiger erfüllen wird.

[11]) Vgl. die bei Stammler, Archiv für civ. Praxis, Bd. 69, S. 52 fg., besprochenen Stellen über promissio indemnitatis und Garantiemandat. Daß der Garant zur Befreiung verpflichtet sei, ist in diesen Stellen allerdings nicht ausgesprochen, in fr. 19 pr. ad. SC. Vell. 16, 1 (si ex ea causa Titius pupillo aliquid praestitisset isque matrem conveniret) ist sogar vorausgesetzt, daß der Garantieempfänger die Schuld bezahlt hat, ehe er die Garantieklage erhebt; indessen bestimmt sich die Fälligkeit des Garantieanspruchs nach der Verabredung der Parteien, und selbst wenn der Anspruch erst geltend gemacht werden soll, nachdem die Schuld vom Garantieempfänger bezahlt ist — eine solche Bestimmung empfiehlt sich oft aus praktischen Gründen — so würde die Garantieklage deswegen doch ein modificirter Liberationsanspruch bleiben, d. h. die unten zu besprechenden Eigenthümlichkeiten des L.-A. theilen; vgl. oben S. 56.

[12]) Stammler, a. a. O. S. 113 fg. Wenn man die (nur den Schuldner berechtigende) Zinsgarantie als Liberationsanspruch erkennt, so ergibt sich aus der Natur dieses Anspruchs (vgl. unten VIII Nr. 4) der von Stammler S. 116 vertheidigte Rechtssatz, daß eine solche Garantie, solange sie nicht durch Zahlung an den Schuldner erfüllt ist, bloß den Gläubigern zu Gute kommen kann, mit Rücksicht auf welche sie übernommen ist.

[13]) fr. 8 pr., fr. 11 de lib. leg. 34, 3. Vgl. Windscheid,

3. aus einer zu Schadensersatz verpflichtenden Handlung: L bewirkt durch kontraktliches oder deliktisches Verschulden, daß D Schuldner des C wird, z. B. L ist Substitut[14]) oder Gehülfe[15]) des D bei der Erfüllung von dessen Vertragspflichten gegen C und richtet dabei einen Schaden an, für den D aufkommen muß. Oder: L hat vertragsmäßig an D eine Sache zu liefern, welche dieser unter Konventionalstrafe dem C versprochen hat, und versetzt durch seinen Verzug den D in die Unmöglichkeit, rechtzeitig zu erfüllen[16]). Oder: D haftet quasideliktisch für eine schadenstiftende Handlung des L[17]). In allen diesen Fällen besteht der Schaden, den L dem D zugefügt hat, darin, daß D mit einer Schuld an C belastet ist[18]). Wenn D eine auf Ersatz seines Interesses gerichtete Klage gegen L hat[19]), kann diese Klage, solange D noch nicht an C gezahlt hat, nur auf Liberation von der belastenden Schuld gehen, es sei denn, daß die Umstände des Falles und das odium delinquentis es gerecht erscheinen lassen, die Belastung mit einer Schuld von 100 gleich einem Baarverlust von 100 zu rechnen und daher dem D, noch bevor er an C ge-

---

Pand., Bd. III, § 657, Note 9. Dernburg, Pand., Bd. III, § 112, Note 2.

[14]) Z. B. fr. 27, fr. 29 neg. g. 3, 5; fr. 21—23 pr. pro soc. 17, 2; fr. 38 § 20 und 21 de v. o. 45, 1.

[15]) Z. B. fr. 6 § 4 naut. 4, 9 verb. quamvis ex conducto actio adversus nautas competat exercitori.

[16]) fr. 3 de in l. iur. 12, 3; fr. 2 § 8 de eo quod. c. l. 13, 4. Vgl. fr. 6 § 1, fr. 7 de serv. exp. 18, 7; fr. 7, fr. 30 pr. loc. 19, 2.

[17]) fr. 5 § 4 de his qui eff. 9, 4. Vgl. fr. 13 § 2 de damn. inf. 39, 2; fr. 14 § 7 de serv. corr. 11, 3.

[18]) Ebenso besteht der Eviktionsschaden des Käufers D in einer Schuldbelastung, wenn er die Sache an C weiterverkauft hat und die Entwehrung diesem gegenüber stattfindet.

[19]) Es gibt Ansprüche, welche eine Schädigung des Klägers voraussetzen und bestimmt sind, den Nachtheil auszugleichen, aber in Inhalt und Maß nicht von Art und Größe des Schadens abhängen, z. B. stipulatio duplae (im Gegensatz zur a. empti) und Konventionalstrafe. Da diese Klagen auf eine feste Geldsumme gehen, so sind sie selbst dann nicht auf Liberation gerichtet, wenn der Schaden, aus dem sie entspringen, in der Form einer Schuldbelastung auftritt.

zahlt hat, einen Anspruch auf Zahlung von 100 gegen L zu gewähren[20]);

4. aus ungerechtfertigter Bereicherung: D übernimmt sine causa eine Verpflichtung, welche eigentlich dem L zur Last fallen sollte. Wenn D eine condictio gegen L hat, so kann diese, solange D blos obligirt ist und nicht gezahlt hat, nur auf Befreiung von seiner Schuld gehen[21]).

Dasselbe gilt vom Impensenanspruch des b. f. possessor, wenn seine Aufwendung darin besteht, daß er eine den Eigenthümer angehende Verpflichtung übernommen hat[21a]).

Eine Untersuchung dieser vier Thatbestände, aus denen ein Liberationsanspruch hervorgehen kann, würde uns zu weit von unserem Ziele ablenken. Ich beschränke mich daher auf den Liberationsanspruch des Geschäftsführers. Doch sei bemerkt, daß die gleich zu betrachtenden Eigenthümlichkeiten der Liberationsklage nicht aus dem Entstehungsgrund (der Geschäftsführung), sondern aus dem Inhalt des Anspruchs abgeleitet sind und sich daher überall vorfinden müssen, wo ein Recht auf Befreiung von einer Schuld vorkommt.

III. Abhängigkeit des Liberationsanspruchs von der Schuldbelastung.

Der Schaden, den Jemand durch Verlust oder Entwerthung eines Vermögensaktivum erleidet, besteht in einer sofort eintretenden Vermögensverminderung, und läßt sich streng genommen nicht

[20]) Vgl. oben § 4 S. 53. Trotzdem bleibt dieser Anspruch vermöge seines Zweckes in einer gewissen Abhängigkeit von der Schuldbelastung des D gegenüber C. Das zeigt sich m. E. im Konkurse des D. Ich muß mir hier versagen, auf diese interessante Frage einzugehen.

[21]) fr. 9 § 1 de c. c. d. c. n. s. 12, 4; fr. 78 § 5 de iure dot. 23, 5; fr. 12 de nov. 46, 2; fr. 1 pr. de c. s. c. 12, 7: qui autem promisit sine causa, condicere quantitatem non potest, sed ipsam obligationem bezieht sich wohl auf eine gegen den Gläubiger selbst gerichtete condictio, läßt sich aber ebensowohl auf unseren Fall anwenden.

[21a]) Vgl. z. B. fr. 19 de r. v. 6, 1: ipsi quoque reo cavendum esse Labeo dicit his rebus recte praestari, si forte fundi nomine damni infecti cavit. fr. 20 § 20 de h. p. 5, 3: sed et si ob venditionem obstrictus sit emptori possessor hereditatis, dicendum erit prospici ei cautione.

ungeschehen machen, sondern blos ausgleichen. In der Regel wird die Ausgleichung gewährt in der Form eines Geldanspruches: an die Stelle des verlorenen oder entwertheten Vermögenspostens tritt ein neuer, dessen Umfang sich zwar nach dem Werth des früheren bestimmt, der aber in seiner juristischen Struktur von der Art des Rechtes, zu dessen Ersatz er dient, vollkommen unabhängig ist. Habe ich 100 als Schadenserſatz zu fordern, so ist dieser Anspruch genau derselbe, ob nun der Schaden, den ich erlitten habe, darin besteht, daß ich eine Geldsumme von 100 eingebüßt, oder eine Sache, eine Forderung, einen sicheren Gewinn im Werthe von 100 verloren habe. Der Ersatzanspruch folgt in allen Fällen gleichmäßig den Regeln der Geldforderungen; daher ist er z. B. unberührt von einem casus, welcher die beschädigte Sache nach der Verletzung trifft, oder die vernichtete Sache getroffen hätte, wenn sie noch in rerum natura wäre[22]).

Ganz anders verhält es sich, wenn ich Befreiung von einer obligatorischen Belastung zu verlangen habe. Mein Vermögen ist durch die auf ihm ruhende Schuld zwar auch vermindert — das zeigt sich, sobald ich die Bilanz aufstelle — aber die Verminderung ist nicht definitiv eingetreten: der Aktivbestand meines Vermögens ist noch unversehrt, durch die Schuld nur gefährdet. Die Gefährdnng kann aber ohne definitiven Verlust vorübergehen, wenn die Schuld erlischt, ohne daß ich sie zahle, und das ist möglich, namentlich dadurch, daß der Liberationsverpflichtete an meiner Stelle zahlt. Deshalb dient mir der Liberationsanspruch nicht als Ersatz für einen eingetretenen Verlust, sondern als Mittel zur Abwendung eines drohenden Verlustes. Er tritt nicht an Stelle eines verlorenen Aktivum, sondern findet in meiner Bilanz seinen Platz neben der Schuld, als Neutralisirung des ihm entsprechenden Passivum.

Darauf beruht eine dem Befreiungsanspruch eigenthümliche fortdauernde Abhängigkeit von der ihm zu Grunde liegenden Schuld:

1. Der Liberationsanspruch verwandelt sich in einen Er-

---

[22]) Vgl. oben S. 42, Note 46.

stattungsanspruch, sobald der Schuldner D die Schuld selbst bezahlt hat. Zu erstatten ist keinesfalls mehr, als D wirklich ausgelegt hat: wenn er in Folge eines Vergleiches oder aus anderen Gründen weniger als den Nominalbetrag der Schuld zu zahlen braucht, so muß dieser Gewinn dem liberationspflichtigen L zu Gute kommen[22a]). Andrerseits muß L Alles ersetzen, was D in Folge seiner Verpflichtung ohne eigenes Verschulden an seinen Gläubiger C hat zahlen müssen[23]).

Aeußerlich betrachtet ist dieser Vorgang analog den Fällen, in welchen an Stelle der Erfüllung der Obligation ein Schadensersatzanspruch tritt. Aber während die Perpetuirung einer Obligation durch Verschulden des Verpflichteten vermittelt wird, ist die Veränderung im Inhalte des Regresses eine Konsequenz davon, daß der Regreß dem Vermögensnachtheil des Geschäftsführers stets adäquat sein muß. Es kommt daher nicht darauf an, ob der Liberationspflichtige verschuldet hat oder nicht, daß die Befreiung nicht rechtzeitig erfolgte: er schuldet eine Geldsumme, quia pecunia abest, wie er zur Befreiung verpflichtet ist, weil und so lange der Nachtheil des Geschäftsführers in einer bloßen Belastung besteht[24]).

[22a]) fr. 50 de proc. 3, 3: quacumque ratione procurator tuus a me liberatus est, id tibi prodesse debet. fr. 26 § 4 mand. 17, 1: praeterea sciendum est non plus fideiussorem consequi debere mandati iudicio quam quod solverit.

[23]) Verzugszinsen und Kosten der Rechtsverfolgung, die D seinem Gläubiger C hat entrichten müssen, sind ihm dann nicht zu ersetzen, wenn er sich dem L gegenüber verpflichtet hatte, in Vorschuß zu gehen, d. h. seinen Regreß erst nach rechtzeitiger Bezahlung des Gläubigers geltend zu machen. Daß die Forderung des D durch eine solche Verabredung die Natur eines Liberationsanspruches nicht einbüßt, ist oben, § 4, S. 56 dargelegt.

[24]) Vgl. Entscheid. des R.-O.-H.-G., Bd. 23, No. 38, S. 109: „Gerade weil und wenn es der Verklagten unmöglich geworden war, ihrer Kommissionärin die Mittel zur Leistung oder die entsprechende Anweisung zu gewähren, ist für letztere die Nothwendigkeit entstanden, selbst für die Erfüllung ihrer eigenen, im Interesse der Kommittentin erwachsenen Verpflichtungen zu sorgen. Kann auch der Kommissionär vom Kommittenten nicht die Leistung, die unmöglich geworden, erzwingen, so kann er doch Ersatz desjenigen fordern, was er aufwenden mußte, weil er sich gegen den

Ebenso wie die Zahlung und deren Surrogate (Kompensation, datio in solutum) wirken die anderen Untergangsgründe der Schuld, welche mit einem Vermögensverlust des Schuldners verbunden sind:

a) Konfusion der Schuld durch Beerbung zwischen Schuldner und Gläubiger. Die Schuld geht unter, aber dabei erleidet der Erbe einen Verlust, denn wäre die Schuld vor der Konfusion bezahlt worden, so hätte er entweder in seinem eigenen Vermögen (wenn er der Schuldner war) oder in der Erbschaft (wenn er der Gläubiger war) einen Erstattungsanspruch vorgefunden. Ein solcher wird ihm nun gewährt, damit der Liberationspflichtige nicht per occasionem iuris einen Gewinn mache[25]).

b) Ebenso verhält es sich, wenn der Gläubiger dem Schuldner die Schuld schenkungshalber erläßt in der Absicht, den Schuldner zu bereichern. Der Schuldner kann Erstattung des Gegenstandes seiner Schuld verlangen, wie wenn er diesen Gegenstand wirklich geleistet hätte[26]). M. E. ist dieser Rechtssatz so zu

---

Dritten, dem er sich persönlich haftbar gemacht hatte, nicht auf die beim Kommittenten entstandene Unmöglichkeit berufen konnte. Der Auftragsvertrag, wonach der Kommissionär sich selbst als Kontrahent haftbar machen mußte, und die spätere Verhinderung bezw. Unmöglichkeit für den Komittenten, jenem die Waare zur Verfügung zu stellen, begründen demnach die Nothwendigkeit des Aufwandes, dessen Erstattung begehrt wird."

[25]) Windscheid, Pandekten, § 352, Note 4. fr. 11 mand. 17, 1 (si ei cui damnatus ex causa fideiussoria fueram heres postea extitero, habebo mandati actionem) handelt zwar nur vom Regreß des Bürgen, ist aber m. E. auf alle Fälle des Liberationsanspruches anzuwenden. Gerade für den Bürgen ist die Entscheidung von fr. 11 cit. im justinianischen Rechte, wenn auch vielleicht nicht unrichtig, so doch überflüssig geworden; denn der Bürge, welcher den Gläubiger post litem cont. beerbt, hat im neuen Rechte, die Schuldklage gegen den Schuldner, die im klassischen Rechte weggefallen war, mitgeerbt. — Dasselbe, was für die Konfusion bei Liberationsklagen gilt, ist in fr. 30, fr. 41 § 2 de evict. 21, 1 für die stipulatio duplae anerkannt, wenn der Nachtheil des Käufers in einer Schuldbelastung besteht: trotz der Aufhebung dieser Schuld durch Konfusion ist der Käufer geschädigt und damit die Bedingung seines Anspruches eingetreten.

[26]) Auch dieser Rechtssatz wird in den Quellen und der Literatur nur beim Regreß des Bürgen besprochen, vgl. Windscheid, Pandekten, § 481, Note 5; Dernburg, Pandekten, Bd. II, § 80, Note 4, gilt aber

erklären, daß man den Vermögensverlust des Schuldners als lucrum cessans auffaßt. Der Gläubiger hatte die Absicht, dem Schuldner 100, soviel ihm dieser schuldete, zuzuwenden, er bediente sich dazu des Erlasses einer Schuld, welche der Schuldner auf Rechnung des L eingegangen war. Wäre D nicht Schuldner des L gewesen, so hätte er die 100 baar geschenkt erhalten. Diese baare Zuwendung ist ihm dadurch entgangen, daß ihm eine Schuld erlassen wird, für welche L aufzukommen hatte. Damit nun die Liberalität des C nicht dem L zu Gute komme, den der Schenker C nicht im Auge hatte, erhält D gegen L einen Anspruch auf Erstattung des Schuldbetrages[27]).

2. Der Liberationsanspruch fällt weg, wenn die Schuld ohne Vermögensverlust des Schuldners erlischt: durch Erlaß (ohne Begünstigung des Schuldners)[28]), Verjährung, Verwirkung, erbloses Versterben des Gläubigers[29]). Die ursprüngliche Leistung des Liberationspflichtigen ist durch Untergang der Schuld unmöglich geworden, und an ihre Stelle ist in Ermangelung eines Nach-

---

m. E. allgemein, weil er sich aus der Natur des Liberationsanspruches ergibt.

[27]) Ebenso wird entschieden, wenn dem Schuldner die Schuld dotis constituendae causa erlassen wird, fr. 47 pr. mand. 17, 1: Julianus ait, si fideiussori uxor doti promiserit, quod ei ex causa fideiussoria debeat, nuptiis secutis confestim mandati adversus debitorem agere eum posse, quia intelligitur abesse ei pecunia eo, quod onera matrimonii sustineret. Die Begründung Julians scheint mir nicht richtig zu sein: der Bürge hat die Schuldsumme eingebüßt, weil er sie, wenn er nicht Bürge gewesen wäre, in baarem Gelde als Mitgift erhalten hätte; darum bekommt er auch diese Schuldsumme ersetzt. Julian scheint den Verlust des Bürgen in der Uebernahme der Ehelasten zu sehen, aber diese können größer oder geringer als die Schuldsumme sein und kommen bei der a. mand. contr. gar nicht in Frage.

[28]) fr. 12 pr. mand. 17, 1: si vero non remunerandi causa sed principaliter donando fideiussori remisit actionem, mandati eum non acturum.

[29]) arg. fr. 57 pr. de evict. 21, 2: habere licere rem videtur emptor, et si is, qui emptorem in evictione rei vicerit, ante ablatam vel abductam rem sine successore decesserit, ita ut neque ad fiscum bona pervenire possint neque privatim a creditoribus distrahi: tunc enim nulla competit emptori ex stipulatu actio, quia rem habere ei licet.

theils in der Person des Liberationsberechtigten kein anderer Leistungsinhalt getreten.

Die Abhängigkeit von der Schuldbelastung des Liberationsberechtigten spiegelt sich wieder in dem

Vermögenswerth der Liberationsforderung:

Der Vermögenswerth einer Forderung bestimmt sich nach dem Werthe, den die Leistung für den Gläubiger haben wird (unter Berücksichtigung der Zeit der Leistung und der größeren oder geringeren Sicherheit der Erfüllung). In der Regel besteht die Leistung in der Zuwendung eines Vermögensrechtes oder in einer sonstigen Thätigkeit des Schuldners, durch welche der Geldwerth des Aktivvermögens des Gläubigers vermehrt oder vor Verminderung behütet wird. Einen solchen Inhalt hat die Liberationsforderung nicht, wenigstens nicht in ihrem ersten Stadium: die Leistung des Liberationsschuldners gelangt nicht in das Vermögen des zu befreienden Schuldners D, sondern in das des Gläubigers C, aber sie kommt dem D zu Gute, indem sie ihm ein Passivum seines Vermögens abnimmt.

Der Werth der Liberationsforderung ist daher gleich dem negativen Werth, den die Obligation für den Schuldner hat. Wenn der Schuldner D seine Bilanz aufstellt, so kann er den Liberationsanspruch nicht zu seinen Aktiven rechnen, sondern er wird ihn bei den Passiven der betreffenden Schuld zur Seite stellen. Denn mehr als die Aufhebung dieser Schuld wird ihm sein Liberationsregreß nicht gewähren. Erst wenn D seine Schuld an C bezahlt hat, verwandelt sich der Liberationsanspruch in eine Erstattungsforderung und tritt hiermit in die Reihe der Aktiven.

Außerdem hat D noch die Möglichkeit, mit Zustimmung des Liberationsschuldners L seinem Anspruch einen anderen Inhalt zu geben, d. h. an Stelle der Liberation eine anderweitige Leistung in solutum zu nehmen oder sich novando versprechen zu lassen. Aber da diese Veränderungen vom freien Willen des Schuldners L abhängen, so wird die Stellung des Liberationsanspruchs im Vermögen des D durch solche Möglichkeiten nicht beeinflußt.

IV. Arten der Erfüllung.

Der Zweck des Liberationsanspruches ist Schadloshaltung des Schuldners: der Schuldner soll in Folge seiner Obligirung keinen Verlust an seinem Aktivvermögen erleiden. Diesen Zweck kann der Liberationspflichtige auf verschiedenen Wegen erreichen:

1) Durch Schuldübernahme. Zur expromissio bedarf es der Zustimmung des Gläubigers, welche, wenn sie verweigert wird, nicht erzwungen werden kann.

2) Durch Zahlung an den Gläubiger[30]). In der Regel darf der Gläubiger die ihm vom Liberationspflichtigen angebotene Zahlung nicht zurückweisen, ohne in Annahmeverzug zu gerathen[31]).

Aber auch der Schuldner kann nichts dagegen einwenden, daß der Liberationspflichtige über seinen Kopf hinweg an den Gläubiger zahlt (oder in anderer Weise durch Verhandlung mit dem Gläubiger die Tilgung der Schuld herbeiführt)[31a]). Ein Beispiel der Erfüllung der Liberationspflicht auf diesem Wege findet sich in fr. 35 de neg. g. 3, 5:

> si liber homo bona fide mihi serviens mutuam pecuniam sumpserit eamque in rem meam verterit, qua actione id, quod in rem nostram verterit, reddere debeam, videndum est: non enim quasi amici, sed quasi domini negotium gessit. sed negotiorum gestorum actio dauda est: quae desinit competere, si creditori eius soluta sit.

Die Befugniß des L direkt an den Gläubiger (C) des liberationsberechtigten Schuldners (D) zu zahlen, ist nur scheinbar

---

[30]) Dieser Fall der Zahlung fremder Schulden ist in der Aufzählung von Oertmann, Arch. f. civ. Praxis, Bd. 82, S. 397 fg., übersehen.

[31]) Windscheid, Pandekten, § 342, Note 24 u. 25. Dernburg, Pandekten, Bd. II, § 55, Note 9.

[31a]) Natürlich besteht diese Befugniß des L, an C zu zahlen, nur so lange, als der Schuldner D seinen Gläubiger C noch nicht bezahlt und damit einen Anspruch auf Erstattung erworben hat. Wenn L, ohne den D zu fragen, an C zahlt, so thut er das auf eigenes Risikio, d. h. er muß, wenn sich herausstellt, daß D schon gezahlt hatte, diesem die gezahlte Summe erstatten und ist auf die cond. indebiti gegen C angewiesen.

eine Ausnahme von dem Rechtssatze, nach welchem der Schuldner nicht berechtigt ist, an den Gläubiger seines Gläubigers zu leisten[32]). Denn L ist durch den Inhalt seiner Verbindlichkeit nicht zu einer Zuwendung an D, sondern zu dessen Befreiung verpflichtet, und indem er diese durch Zahlung an C bewirkt, leistet er eben das, was er schuldet[33]). Das zeigt sich besonders dann, wenn L, neben dem liberationsberechtigten D, selbst Schuldner des C ist z. B.: D ist Bürge für eine Forderung des C gegen L. Was D, bevor er gezahlt hat, verlangen kann, ist Befreiung, d. h. Leistung an C, wozu L schon von sich aus dem C gegenüber verpflichtet ist. L hat also zwei Gläubiger, aber beide Obligationen machen unter seinen Passiven einen Schuldposten aus, der materiell nur dem einen der beiden Gläubiger, C, zu Gute kommen soll[33a]).

3) Im römischen Recht gab es für L noch eine dritte Möglichkeit, den D von seiner Schuld zu befreien: er konnte — auch gegen den Willen des Gläubigers — die gegen den Schuldner

---

[32]) Windscheid a. a. O., Note 42. Dernburg a. a. O., Note 14. Das scheinbar entgegenstehende fr. 6 de exc. d. m. 44, 4 (si opera creditoris acciderit, ut debitor pecuniam, quam soluturus erat, perderet, exceptione doli mali creditor removebitur. idem est et si creditori eius numeratam pecuniam ratam creditor non habeat) läßt sich m. E. am einfachsten erklären, wenn man einen iussus creditoris, an seinen Gläubiger zu zahlen, vorausſetzt. Krüger, zur Lehre von der Exc. doli, S. 165 fg., hat es wahrscheinlich gemacht, daß noch zu Zeiten des Julian und Pomponius die Zahlung an einen solutionis causa adiectus nur ope exceptionis befreite. Mit noch größerer Berechtigung konnte Gaius die exc. doli bei Zahlung an einen erst nachträglich bezeichneten Zahlungsempfänger für nöthig halten.

[33]) Cujazius in l. IV Quaest. Pauli V 973 übersieht, daß in unserer Stelle die a. neg. gest. auf Liberation geht und daß sich daraus die Befugniß des L, an den C zu zahlen, ohne Weiteres ergibt. Er erklärt diese Befugniß damit, daß L dem C gegenüber mit der a. de in r. verso haftet und darin eine iusta causa hat, an ihn zu zahlen. M. E. ist die Zahlungsbefugniß zweifellos auch dann vorhanden, wenn D kein Sklave des L war und daher eine Versionsklage nicht entstanden war.

[33a]) Daraus ergibt sich für den Konkurs des L die wichtige, vom Reichsgericht, Entsch., Bd. 14, Nr. 39 festgestellte, Konsequenz, daß der Bürge, soweit er nicht vor Konkurseröffnung gezahlt hat, neben dem Gläubiger keine Konkursdividende zu beanspruchen hat.

gerichtete Klage als defensor übernehmen und durch die litis contestatio den Schuldner befreien. Dieser Weg empfahl sich namentlich dann, wenn die Schuld eine bestrittene war. Demgemäß hatte L, wenn der Schuldner vor Fälligkeit seiner Schuld regreßberechtigt war und der Gläubiger sich auf Schuldübernahme nicht einlassen wollte, cautio defensum iri zu leisten, vgl. z. B.

> fr. 45 § 2 mand. 17, 1: item si, dum negotia mea geris, alicui de creditoribus meis promiseris, et antequam solvas, dicendum est te agere posse, ut obligationem suscipiam: aut si nolit creditor obligationem mutare, cavere tibi debeo, defensurum te.

Ein defendere im Sinne des römischen Processes ist unserem Rechte unbekannt; der Liberationspflichtige kann sich an dem gegen D gerichteten Prozeß als Vertreter oder Nebenintervenient betheiligen, aber in beiden Fällen bleibt D Prozeßpartei und wird verurtheilt. Daher kann es auch keine cautio defensum iri mehr geben. Wo der Liberationspflichtige statt sofortiger Befreiung Sicherheitsleistung anbieten darf (weil der Gläubiger die Expromission nicht zugibt und die Bezahlung der Schuld dem L nicht zugemuthet werden kann), da ist das „Wofür" der Sicherheitsleistung ein Anderes geworden: die Bürgen oder Pfänder, welche L dem D bestellt, stehen dafür ein, daß bevor D zur Zahlung der Schuld genöthigt wird, L seiner Liberationspflicht nachkommen wird, sei es durch Bezahlung an C., sei es auf dem gleich zu besprechenden Wege der Deckung.

4) Das vierte Mittel zur Erfüllung der Liberationspflicht nenne ich „Deckung". Ich verstehe darunter den Fall, daß L dem D Werthe (Geld oder andere Sachen) übergibt[34]), mit der Bestimmung, daß D sie zur Bezahlung der Schuld an C verwenden solle[35]). Mit der Deckung in diesem Sinne sind nicht zu ver-

---

[34]) oder rechtzeitig zu übergeben verspricht („Deckungsversprechen").

[35]) Ueber die vielerlei Bedeutungen, welche in Handel und Rechtswissenschaft mit dem Worte „Deckung" verbunden werden, vgl. Cohn in Endemann's Handbuch, Bd. II, § 450, Note 44a und Gareis, Handelsrecht, § 75, VII. Ich beschränke den Ausdruck auf die Kategorie von Fällen, welche gemeinsame juristische Eigenthümlichkeiten aufweist und nicht

wechseln zwei ihr äußerlich ähnliche Thatbestände, welche wohl auch mit dem vieldeutigen Ausdruck Deckung bezeichnet zu werden pflegen:

a) Der oben erwähnte Fall der Sicherung durch Pfand. Gesichert ist genau genommen nicht die Erfüllung der Liberationspflicht, sondern der Erstattungsanspruch, den der Schuldner erwirbt, wenn er bei Unterlassung der Liberation genöthigt wird selbst zu zahlen. Denn der Schuldner darf ja das Pfand nicht, wie die „Deckung" zur Bezahlung des Gläubigers verwenden[36]), sondern darf es nur realisiren, um seinen auf Erstattung der gezahlten Summe gerichteten Anspruch zu befriedigen[37]).

---

schon unter die feststehenden Begriffe von Zahlung und Sicherheitsleistung gehört. Thöl, Handelsrecht I, § 342, S. 529 (der 5. Aufl.) unterscheidet: 1. (durch Baarfonds oder Schuld) gedeckte Zahlung des Mandatars; 2. Kreditzahlung; 3. gesicherte oder (durch Bürgen, Pfänder ꝛc.) gedeckte Kreditzahlung. Entsprechend drei Arten des Acceptes. Unmittelbar darauf (S. 530) sagt Thöl: „Die beiden letzten Arten des Acceptes sind im Gegensatz von der ersten Art: „ungedecktes Accept". Ich kann eine Terminologie, in welcher dem gedeckten Accept ein gedecktes Kreditaccept gegenübergestellt wird, nicht für empfehlenswerth halten. Es scheint mir im Interesse der Deutlichkeit richtiger zu sein, im Falle 3. von gesichertem Accept zu sprechen, da wir einmal die beiden Worte: „gedeckt" und „gesichert" zur Verfügung haben.

[36]) Vgl. Canstein, Chek, Wechsel und deren Deckung, S.-A. aus dem Archiv f. bürgerl. Recht, Bd. IV, S. 17 u. 21.

[37]) So bestimmt, mit anerkennenswerther Deutlichkeit Entwurf I, § 595, Abs. 3: „Der Auftraggeber ist verpflichtet, den Beauftragten von den zum Zwecke der Ausführung des Auftrages eingegangenen Verbindlichkeiten zu befreien; er kann jedoch an Stelle dieser Befreiung dem Beauftragten wegen der Ersatzansprüche, welche sich für denselben aus der Erfüllung einer solchen Verbindlichkeit ergeben würden, Sicherheit leisten". Bei dieser Bestimmung scheint mir der liberationsberechtigte Mandatar zu kurz zu kommen: allerdings ist er gegen die Gefahr eines definitiven Vermögensverlustes geschützt, allein die baare Auslage, welche ihm der liberationspflichtige Mandant ersparen soll, ist ihm durch die bestellte Sicherheit nicht abgenommen, vielmehr muß er erst aus eigenen Mitteln zahlen, um auf die Sicherheit greifen zu können. Entwurf II, § 601, Abs. 2, hat, vielleicht aus dem eben dargelegten Grunde, das „Wofür" der Sicherheitsleistung unbestimmt gelassen: „der Auftraggeber kann jedoch, wenn die

b) L übergibt dem D einen Vermögenswerth gegen definitive Entlastung von seiner Liberationspflicht. Das ist datio in solutum, häufig verbunden mit einem Vergleich. Die Deckung dagegen wird dem D „zahlungshalber" anvertraut, damit er mit ihrer Hülfe den Gläubiger bezahle und dadurch zugleich den Erfolg, welchen L herzustellen verpflichtet ist, herbeiführe. Der Unterschied zeigt sich am deutlichsten im Folgenden: Die „Abfindungssumme" kann D unter allen Umständen behalten, über die „Deckung" muß er Rechnung legen und, wenn sich nach Bezahlung des C ein Rest ergibt, diesen zurückgeben. Trotz dieser fundamentalen Verschiedenheit zwischen Deckung und Abfindung wird es freilich im Leben oft genug vorkommen, daß die Parteien nicht deutlich aussprechen oder auch selbst nicht wissen, welchen dieser beiden modi solvendi der Liberationspflicht sie im Auge haben. Im Zweifel würde ich Deckung annehmen, weil Erfüllung durch datio in solutum nicht zu präsumiren ist.

L ist zur Gewährung der „Deckung" verpflichtet, wenn er Schuldübernahme nicht bewirken kann und Zahlung an C aus erheblichen Gründen (Betagtheit, Streitigkeit der Schuld) nicht leisten will. In welchem Zeitpunkt die Deckung zu gewähren ist, hängt von den Umständen des Falles ab, spätestens: kurz vor Fälligkeit der Schuld, so daß D die Möglichkeit hat, die Deckung zur Bezahlung des C zu verwenden. Eventuell hat L, wie wir oben S. 96 gesehen haben, Sicherheit für das rechtzeitige Verschaffen der Deckung zu leisten.

Eine andere Frage ist die, ob L allezeit berechtigt ist, seiner Liberationspflicht auf dem Wege der Deckung zu genügen. Zwar scheint die Deckung auf dem ersten Blick dem Schuldner stets nur Vortheil zu bringen, aber bei näherer Betrachtung ergibt es sich als möglich, daß D ein Interesse daran hat, die angebotene Deckung zurückzuweisen und auf Liberation, d. h. Bezahlung des C durch

Verbindlichkeit noch nicht fällig ist, dem Beauftragten, statt ihn zu befreien, Sicherheit leisten". Dieser Text läßt sich, den Verhältnissen angemessen, so interpretiren, daß die Sicherheit für rechtzeitig, d. h. vor der Fälligkeit, zu gewährende Deckung zu stellen ist.

L zu bestehen: mit der Deckung übernimmt nämlich D die Mühe und Verantwortung der Zahlungsoperation, worin unter Umständen eine große Belästigung liegen kann. Ob nun D verpflichtet ist, sich dieser persönlichen Leistung zu unterziehen, oder ob er sie auf L abwälzen darf, das ist aus dem Rechtsgrund des Liberationsanspruches zu entscheiden. Bei der Geschäftsführung kommt es darauf an, ob man, sobald D als Gestor kontrahirt hat, sagen kann: finitum est negotium quod suscepit, oder ob seine Verpflichtung sich auch auf die Abwickelung der eingegangenen Verbindlichkeiten bezieht.

Das Rechtsverhältniß der Deckung wird in den Quellen kaum erwähnt. Es scheint im römischen Rechtsleben meist durch die cautio defensum iri ersetzt worden zu sein. In anderen Fällen übergab man dem Schuldner die zu seiner Befreiung nöthigen Werthe und ließ sich für den Fall, daß er sie nicht brauchen werde, die Rückgabe ausdrücklich versprechen und sicherstellen[37a]). Um so häufiger kommt das Deckungsgeschäft bei uns vor, freilich nicht in den Darstellungen des gemeinen Rechtes. Deshalb scheint es mir lohnend auf dieses Rechtsverhältniß etwas näher einzugehen und zu versuchen, es in die Kategorien des Pandektensystems einzuordnen.

Ich nehme den einfachsten Fall zum Ausgangspunkt: L beauftragt den D zur Eingehung einer Verbindlichkeit und übergibt ihm zugleich oder späterhin die Mittel zur Erfüllung dieser Verbindlichkeit (z. B. die Sache, welche D im Auftrage des L verkauft hat oder die Summe, die D im Interesse des L geliehen hat)[38]). Das Rechtsverhältniß dieser Deckung ist zweifellos nach Mandatsgrundsätzen zu beurtheilen: D erwirbt an den zur Deckung

[37a]) fr. 15 com. div. 16, 3: si socius servi communis nomine conventus et condemnatus sit, aget communi dividundo et antequam praestet: nam et si noxali iudicio cum uno actum sit, statim aget cum socio, ut ei pars traderetur, cautionibus interpositis, ut, si non dederit, reddat. cf. fr. 58 § 2 loc. 19, 2, fr. 40 § 5 de cond. 35, 1.

[38]) Vgl. z. B. fr. 22 ad SC. Vell. 16, 1: si mulieri dederim pecuniam, ut eam creditori meo solvat vel expromittat, si ea expromiserit, locum non esse senatus consulto Pomponius scribit, quia mandati actione obligata in rem suam videtur obligari.

dienenden Werthen kein Eigenthum, außer wenn er das erhaltene Geld mit dem seinigen vermischt; soweit er nicht Eigenthümer wird, hat er auch die Gefahr nicht zu tragen, d. h. die Deckung muß, wenn sie casu unterzieht, von L erneuert werden, sie muß ergänzt werden, wenn sie zur Tilgung der Schuld nicht ausreicht; andererseits ist D als Mandatar verpflichtet, sie zu dem auftragsmäßigen Zweck, d. h. zur Zahlung seiner Schuld zu verwenden, und hat dem L Rechenschaft zu legen resp. einen Ueberschuß herauszugeben. Solange D die ihm aufgetragene Verpflichtung nicht eingegangen ist, kann L den Auftrag widerrufen und die Deckung zurückverlangen. Ist aber einmal D im Auftrag des L Schuldner geworden, so kann ihm L die Deckung nicht mehr entziehen, es sei denn, daß er ihn von der Schuld befreit: würde L actione mandati directa die Herausgabe der Deckung verlangen, so könnte D eine exc. non adimpleti contr. vorschützen. Im Uebrigen bleibt m. E. das Rechtsverhältniß an der Deckung ein mandatsmäßiges, d. h. D darf die ihm anvertrauten Werthe nur zu dem bestimmten Zweck benützen und er hat nach wie vor dem L Rechenschaft zu legen, während L fortfährt die Gefahr zu tragen. Die einzige Aenderung, die durch die Eingehung der Schuld eingetreten ist, besteht darin, daß das die Deckung betreffende Mandat unwiderruflich geworden ist. Den Grund dieser Erscheinung finde ich darin, daß zu dem Interesse des Mandanten, welches im Beginn des Auftrags allein vorhanden war, nunmehr post obligationem ein eigenes Interesse des Mandatars hinzu getreten ist. Die Unwiderruflichkeit das Mandats post obligationem mandatarii tritt in den bisherigen Darstellungen des Mandatsrechtes nicht hervor: man begnügt sich damit, festzustellen, daß die aus der Ausführung des Auftrags hervorgegangene Erstattungspflicht des Mandanten durch den Widerruf nicht aufgehoben wird[39]). Allein damit ist m. E. nicht genug gesagt: auch die Ermächtigung[40]), welche dem Mandatar

[39]) Windscheid, Pandekten, § 411, Note 8. Dernburg, Pandekten, Bd. II, § 118 u. f. Brinz, Pandekten, Bd. II, § 334, S. 779. Vgl. aber Dernburg, Preuß. Privatrecht, Bd. I, § 144.

[40]) „Ermächtigung" im Sinne von Bekker, Pandekten, § 106.

zur Verfügung über die Deckung zusteht, überdauert den Widerruf und zwar deswegen, weil sie seit Uebernahme der Verpflichtung durch den Mandatar ebensosehr seinem Interesse, als dem des Mandanten dient[41]). Das ergibt sich, wie mir scheint, mit Sicherheit aus

fr. 14 de Publ. 6, 2: Papinianus libro sexto quaestionum scribit: si quis prohibuit vel denuntiavit ex causa venditionis tradi rem, quae ipsius voluntate a procuratore fuerit distracta, et is nihilo minus tradiderit, emptorem tuebitur praetor sive possideat sive petat rem. sed quod iudicio empti procurator emptori praestiterit, contrario iudicio mandati consequetur: potest enim fieri, ut emptori res auferatur ab eo, qui venire mandavit, quia per ignorantiam non est usus exceptione quam debuit opponere, veluti: „si non auctor meus ex voluntate tua vendidit".

Der ausdrückliche und zur Kenntniß des procurator gekommene Widerruf des Eigenthümers ist unwirksam, weil der procurator vermöge seiner Haftung ex empto an der Tradition interessirt ist und das Grundstück ihm als Deckung dient[42]). Man vergleiche damit das vielbesprochene fr. 33 de poss. 41, 2:

fundi venditor etiamsi mandaverit alicui, ut emptorem in vacuam possessionem induceret, priusquam id fecerit, non recte emptor per se in possessionem veniet. item si amicus

---

Note k, β, und Windscheid, Pandekten, § 81, Note 5; nicht „Vollmacht", denn wie der procurator in eigenem Namen verkauft hat, so wird er auch in eigenem Namen tradiren.

[41]) In diesem Sinne auch Regelsberger, Pandekten, Bd. I § 147, Note 6, § 163, Note 3.

[42]) Pininski, Sachbesitzerwerb, II, S. 31, Note, erklärt unsere Stelle, indem er annimmt, es handle sich um ein „geheimes" Entziehen der Vollmacht: „der Mandant entzieht einerseits klandestin die Ermächtigung, andrerseits läßt er dennoch zu, daß der Mandatar als sein Bevollmächtigter auftrete". Ich finde für diese Auslegung keinerlei Anhaltspunkt in unserer Stelle, sie ist sogar direkt widerlegt, wenn man voraussetzen darf, daß Papinian die Worte prohibuit vel denuntiavit mit Vorbedacht gebraucht hat: prohibere ist der an den procurator, denuntiare der dem Käufer mitgetheilte Widerruf.

venditoris mortuo eo, priusquam id sciret, aut non prohibentibus heredibus id fecerit, recte possessio tradita erit. sed si id fecerit, cum sciret heredes id facere nolle, contra erit.

Der amicus hat den Auftrag bekommen, das Grundstück dem Käufer zu tradiren[43]). Sobald der Widerruf zu seiner Kenntniß kommt, ist Vollmacht und Mandat erloschen: der Käufer kann aus der Tradition kein Recht erwarten und der Tradent macht sich — was in der Stelle nicht ausgeführt wird[44]) — dem Eigenthümer gegenüber verantwortlich. Der Grund, weshalb hier der Widerruf wirksam ist, während er in fr. 14 de Publ. 6, 2 ohne Wirkung bleibt, liegt m. E. darin, daß der amicus nicht verkauft hat, daher an der Tradition nicht interessirt ist[45]). Wir haben es hier mit dem normalen mandatum mea gratia zu thun, dessen Inhalt ein Geschäft des Mandanten allein ist.

Nachdem wir die Deckung als Bestandtheil eines Auftragsverhältnisses kennen gelernt haben, wollen wir uns eine Liberationsverpflichtung denken, welche nicht aus Mandat, sondern aus neg. gestio, liberatio legata, Verschuldung oder aus anderen Gründen entstanden ist. Wie ist das Rechtsverhältniß zu charakterisiren, welches zwischen L und D dadurch entsteht, daß L dem D, statt ihn zu befreien, Deckung gewährt? Ich glaube nicht fehlzugehen, wenn ich annehme, daß sämmtliche S. 100 angeführte Rechtssätze auch hier gelten, mit dem einzigen Unterschied, daß hier die Deckung, weil sie post obligationem debitoris gegeben wird, von vorn herein unwiderruflich ist. Aber darf man dies Rechtsverhältniß

---

[43]) Kohler, Archiv f. civ. Praxis, Bd. 69, S. 176 fg. behauptet, der amicus sei nicht mit der Tradition beauftragt, sondern diene nur als faktischer Gehülfe bei der durch den dominus selbst vorgenommenen Tradition. Gegen diese Interpretation Pininski a. a. O. und Hirsch, Sachbesitzerwerb, S. 231.

[44]) Wohl aber z. B. in fr. 11 § 8 de don. int. v. e. u. 24, 1.

[45]) Hirsch a. a. O., S. 235, scheint anzunehmen, daß der Mandatar Verkäufer sei und spricht demgemäß von etwaigen Schadensersatzansprüchen, welche der Käufer gegen den Mandatar erheben könnte. Das ist ein Irrthum, denn der Mandatar wird ausdrücklich als amicus venditoris bezeichnet.

noch mit dem Namen Mandat bezeichnen, da doch die Befugniß des freien Widerrufs allgemein als Kennzeichen des Mandates angesehen wird? Ich glaube, das Widerrufsrecht hängt wesentlich damit zusammen, daß die Ausführung des aufgetragenen Geschäftes einzig dem Interesse des Mandanten dient, d. h. daß der normale Fall das mandatum mea tantum gratia vorliegt. Daneben gibt es ein verwandtes Rechtsverhältniß, welches man m. E. am zutreffendsten durch die Bezeichnung: mandatum mea et tua gratia charakterisiren kann: D ist von L beauftragt, eine Handlung im Interesse und daher auch auf Rechnung und Gefahr des L vorzunehmen, aber so, daß diese Handlung zugleich dem D selbst zu Gute kommen soll. Es gilt in Folge dessen Mandatsrecht für die Pflichten des D (er ist zur Ausführung verbunden und haftet für Nachlässigkeit) und für seine Rechte (er hat Regreß für Kosten und Auslagen). Nur kann, im Gegensatz zur Regel des mandatum mea gratia, L dem D die einmal aufgetragene Handlung nicht verbieten[46]). Als einen Anwendungsfall des in

[46]) Die unwiderrufliche Ermächtiguug, über die Deckung gemäß der Verabredung zu disponiren, gewährt dem Deckungsberechtigten eine bessere Rechtsstellung, als er vermöge eines Retentionsrechtes haben würde und ist daher von diesem wohl zu unterscheiden: 1. der Retentionsberechtigte darf die Sache nur zurückbehalten resp. nach Art. 315 H.-G.-B. verwerthen, der Deckungsberechtigte darf sie zu dem mandatsmäßigen Zweck (Zahlung an C) verwenden; 2. im Konkurse des Eigenthümers der Sache gewährt das Retentionsrecht nur in den von K.-O. § 41, angeführten Fällen ein Aussonderungsrecht. Daraus ergibt sich, daß zwar der Kommissionär am Kommissionsgut aussonderungsberechtigt ist, nicht dagegen der civilrechtliche Mandatar an den Sachen, welche er (in eigenem Namen) im Auftrag des Eigenthümers verkauft und von diesem zum Zweck der Erfüllung des Kaufgeschäfts erhalten hat. (An diesem Rechtszustand will übrigens auch der Entwurf eines Einführungsgesetzes, Art. 13, nichts ändern). Und doch verdient m. E. der Mandatar mindestens ebensosehr geschützt zu werden, wie der gewerbmäßige Kommissionär. Ich glaube, er ist auch im Konkurse des Mandanten geschützt, nur nicht durch ein Retentionsrecht, sondern durch die Thatsache, daß die Ermächtigung, über die ihm zum Zweck des Verkaufes übergebenen Sachen zu verfügen, durch seine Obligirung unwiderruflich geworden ist und auch durch Konkurs des Mandanten nicht mehr afficirt werden kann. Will man die Unwiderruflichkeit der Ermächtigung in solchen Fällen nicht zugeben, so wüßte ich nicht, wie man die

diesem Sinne verstandenen mand. mea et tua gratia möchte ich die „Deckung" auffassen[47]).

Der Ausdruck mand. mea et tua gratia findet sich schon im justinianischen Mandatsschema: § 2 I. de mand. 3, 26[48]) und fr. 2 § 4 mand. 17, 1[49]). Allein die von Justinian zu dieser Kategorie angeführten Beispiele zeigen, daß er die von uns besprochene Interessenkombination nicht im Auge hatte[50]). Auch

offenbare Unbilligkeit gegen den Mandatar, welcher vielleicht den Verkauf nur deshalb übernommen hat, weil er die Sache in Händen hatte und sie nunmehr an die Konkursmasse herausgeben müßte, wie man diese Unbilligkeit vermeiden oder rechtfertigen könnte. Vgl. oben § 4, Note 121.

[47]) Vielleicht würden die römischen Juristen ein solches Rechtsverhältniß als extra formam mandati liegend betrachtet und mit einer a. praescr. verb. geholfen haben. Für unser heutiges Recht ist aber mit der Bestimmung der zulässigen actio nicht viel gewonnen; wir müssen die Rechtsverhältnisse, welche die Römer vermittelst der act. praescr. verb. oder in factum klagbar machten, nach ihrer inneren systematischen Verwandtschaft an die zunächst liegenden Vertragstypen angliedern: in diesem Sinne halte ich das „Deckungsgeschäft" für eine Abart des Mandats. Die Aehnlichkeit mit dem Auftrag scheint mir sogar bei der Deckung größer zu sein als beim sog. Kredit- oder Garantiemandat. Vgl. oben § 4, Note 3.

[48]) tua et mandantis, veluti si mandet tibi, ut pecuniam sub usuris crederes ei, qui in rem ipsius mutuaretur, aut si volente te agere cum eo ex fideiussoria causa mandet tibi, ut cum reo agas periculo mandantis, vel ut ipsius periculo stipuleris ab eo, quem tibi deleget in id quod tibi debuerat.

[49]) tua et mea, veluti si mandem tibi, ut sub usuris crederes ei, qui in rem meam mutuaretur. Daß fr. 2 mand. interpolirt worden ist, um die in den Institutionen aufgestellte Uebersicht über die Mandatsarten auch in die Digesten hineinzubringen, ist m. W. noch nicht bemerkt worden (vgl. Lenel, Paling. Gaius 503 und Grabenwitz, Interpolationen), ergibt sich aber m. E. mit großer Wahrscheinlichkeit aus den wiederholten Verstößen gegen die consecutio temporum. Auch pr. — § 5 I. 3, 26 ist eine justinianische Amplifikation von Gaius (III, 155), der nur mand. mea, aliena oder tua gratia unterscheidet. Der Beweis dafür ist leicht zu erbringen: nach § 5 I. ist der Kreditauftrag ein mand. tua et aliena gratia, welches nach pr. I. ohne Weiteres gültig ist, während in § 6 I. die Gültigkeit des Kreditmandats, im Anschluß an Gaius III, 156, mit den Worten: quia non aliter Titio credidisses, quam si tibi mandatum esset, begründet wird.

[50]) Es handelt sich in diesen Beispielen um Fälle des Kredit- resp.

werden mit diesem Falle des Mandates keine besonderen Rechtsfolgen verbunden. So kommt es, daß das justinianische mand. mea et tua gratia von der modernen Doktrin mit Recht bei Seite gelassen wird.

Ich bemerke noch, daß die Deckung nicht das einzige Rechtsverhältniß ist, welches unter den Begriff des unwiderruflichen mand. mea et tua gratia zu stellen wäre. Hierher gehört m. E. auch das Rechtsverhältniß zwischen Cedent und Cessionar, wenn die Forderung zahlungshalber cedirt wird: der Cessionar ist dem Cedenten gegenüber zur diligenten Verwerthung der Forderung verpflichtet und haftet im Falle des Verschuldens auf Schadensersatz[51]). Die Ersatzpflicht wird zwar in der Regel durch Einrede (gegen die ursprüngliche Forderung des Cessionars) geltend gemacht, kann aber auch selbstständig hervortreten, wenn z. B. der Betrag der zahlungshalber cedirten Forderung die Schuldsumme übersteigt[52]). Ich wüßte nun nicht wie man den Cessionsgrund, aus welchem die Verpflichtung des Cessionars hervorgeht, besser bezeichnen könnte, als mit mit dem Ausdruck Mandat: er hat die Forderung zum Zwecke d. h. mit dem Auftrage der Einziehung erhalten, aber weil die Einziehung im beiderseitigen Interesse liegt, so ist der Auftrag unwiderruflich[53]). Daß der Cessionar die Forderung auch gegen den Willen des Cedenten einziehen kann, beruht freilich einfach auf der Thatsache, daß er durch das ab-

Garantiemandats, zu dessen Ertheilung der Mandant durch sein eigenes Interesse bestimmt wird.

[51]) Regelsberger in Endemann's Handbuch, Bd. II, S. 529.

[52]) Diese Möglichkeit wird ganz übersehen von Plucinski, Archiv für civ. Pr., Bd. 60, S. 313, wenn er behauptet, daß Vernachlässigung der erforderlichen Sorgfalt nur den Uebergang des Risiko der Realisirung auf den Assignatar bewirken könne.

[53]) Ueber den Widerruf einer im beiderseitigen Interesse (z. B. zahlungshalber) ertheilten Anweisung vgl. die bei Cohn, End. Handbuch, Bd. III, § 451, Note 88 citirte Literatur. Die Frage ist übrigens gerade bei der Anweisung von geringer Bedeutung, weil der Assignant die Auszahlung durch Widerruf des mand. solvendi jedenfalls verhindern kann, vgl. auch Canstein a. a. O. S. 6 fg., mit dessen Ausführungen ich in manchen Punkten nicht einverstanden bin.

strakte Rechtsgeschäft der Cession Gläubiger geworden ist, aber daß er trotz Widerspruchs des Cedenten die Einziehung vornehmen darf, darin zeigt sich, daß der ihm zu Theil gewordene Auftrag unwiderruflich ist; denn beim widerruflichen mand. mea gratia hat der Mandatar, wenn er eine Forderung gegen einen Dritten erworben hat, zwar die Fähigkeit über dieselbe als Gläubiger zu disponiren, er ist aber obligatorisch verpflichtet, sie nach Wunsch des Mandanten einzuziehen, auf den Mandanten zu übertragen oder sogar zu erlassen[54]).

Wir haben die Leistungen kennen gelernt, durch welche der Liberationspflichtige seine Verpflichtung erfüllen kann: expromissio, Zahlung an den Gläubiger, „Deckung" sind „in solutione". Wir haben uns nunmehr zu fragen, was „in condemnatione" ist, falls er seiner Verpflichtung nicht freiwillig nachkommt. Das Princip der condemnatio pecuniaria ergab Verurtheilung auf eine dem Interesse des Klägers an der nichterfolgten Liberation entsprechende Geldsumme. Dem Kläger wurde soviel Geld zugesprochen, als nach Schätzung des Richters genügend schien, damit er sich, ohne sein eigenes Vermögen anzugreifen, von seiner Schuld an C befreien könne[55]). Erwies sich die zugesprochene Summe in Folge veränderter Verhältnisse als zu groß oder zu klein, so gab es keine Remedur. Die exc. rei iudicatae und der Ausschluß der condictio indebiti verhinderten etwaige Nach- oder Rückforderungen.

Nach heutigem gemeinen Recht wird auf die geschilderte Leistung, d. h. auf Liberirung verurtheilt[56]). Vollstreckt wird das

---

[54]) Vgl. z. B. fr. 10 § 6 mand. 17, 1; fr. 19 de her. vend. 18, 4; fr. 47 de n. g. 3, 5.

[55]) Der Liberationspflichtige war zwar faciendi causa obligirt (fr. 45 § 5 mand. 17, 1), aber verurtheilt wurde er ad dandum. Daraus erklärt sich die oben § 4, S. 49 bemerkte Thatsache, daß die Quellen häufig die Regreßklage aus Schuldbelastung ohne Bezeichnung ihres Inhaltes erwähnen.

[56]) Der Entwurf erster Lesung enthält im § 595 folgende Bestimmung: „Besteht die Verbindlichkeit in einer fälligen Geldschuld, so ist der Beauftragte berechtigt, von dem Auftraggeber die Zahlung der zur Erfüllung der Verbindlichkeit erforderlichen Geldsumme zu verlangen". In

Urtheil nach C.-P.-O. § 773, denn die Liberirung ist eine Handlung „deren Vornahme durch einen Dritten erfolgen kann". Der Kläger wird vom Gericht ermächtigt, auf Kosten des Beklagten die Befreiung vornehmen zu lassen resp. selbst[57]) vorzunehmen, und kann gemäß Abs. 2 des § 773 zugleich beantragen, den Beklagten zur Vorauszahlung der Kosten zu verurtheilen, welche durch die Vornahme der Befreiung entstehen werden.

Wenn die Geldsumme, in welche L zur Vorausbezahlung der Kosten nach § 773 Abs. 2 verurtheilt worden ist, von ihm an D bezahlt wird oder auf dem Wege der Zwangsvollstreckung in die Hände des D gelangt, so wird D an derselben Eigenthümer. Aber die Liberationspflicht des L ist damit nicht immer erfüllt. C.-P.-O. § 773 Abs. 2 sieht den Fall vor, daß die vorausbezahlten Kosten zur Deckung des Aufwandes nicht genügen und gibt dem D für diesen Fall eine Nachforderung. Wie steht es im umgekehrten Fall, wenn nämlich der zur Erfüllung der Forderung des C nöthige Aufwand sich geringer erweist, als der Betrag der vorausbezahlten Kosten? Es scheint mir zweifellos, daß dann L eine Rückforderungsanspruch zusteht, selbst wenn er zur Vorausbezahlung verurtheilt worden ist[58]). Denn im Urtheil ist nicht definitiv die Summe festgestellt, welche L dem D schuldet, sondern nur die Summe bestimmt, welche voraussichtlich zur Deckung des Kostenaufwands genügen werde. Fraglich kann es sein, ob D dem L zur Rechnungslegung verpflichtet ist. Ein Mandat kann man in der auf Grund eines Urtheils erfolgten Zahlung nicht erblicken, die Summe ist ex causa iudicati gezahlt worden. Dennoch möchte ich mich für die Verpflichtung zur Rechnungslegung erklären, weil die Summe dem D zu einer bestimmten Verwendung zugesprochen wurde, und weil er allein im Stande ist, Auskunft über diese Verwendung zu geben. — Das Rechtsverhältniß an

---

der zweiten Lesung (§ 601) ist dieser Satz gestrichen worden, u. E. mit vollem Rechte, weil schon die auf Liberation gestellte Klage im Stadium der Vollstreckung nach den weiter unten zu erörternden Normen genau zum gleichen Resultat führt.

[57]) Entscheidungen des Reichsgericht, Bd. 18, S. 436.

[58]) Seuffert, Kommentar zur C.-P.-O. § 773, Nr. 5.

der dem Kläger auf Grund von C.-P.-O. § 773, 2 zugesprochenen Summe ist also nach Analogie der vertragsmäßig gewährten „Deckung" zu beurtheilen.

V. Kompensation.

Es sind zwei Fragen zu besprechen:

1) Kann gegen eine Geldforderung mit einem Liberationsanspruch kompensirt werden? L ist als Mandant verpflichtet den D von einer Forderung des C zu befreien; er hat dem D ein Darlehn gegeben und fordert es zurück. Kann D mit seiner a. mand. contr. kompensiren? Diese Frage ist mit Dernburg[59]) im verneinenden Sinn zu beantworten. Es fehlt an der Gleichartigkeit der Forderungen, denn L ist zu einem facere verpflichtet, während er von D ein dare zu fordern hat. Es wäre auch abgesehen von diesem formellen Grund höchst unbillig, eine Kompensation in diesem Falle zu gestatten: denn vielleicht ist L in der Lage, die Befreiung des D durch Verhandlungen mit C zu bewirken, ohne den vollen Betrag der Schuld des D daran zu wenden. Doch ist dabei Folgendes zu bemerken:

a) war L schon Gläubiger des D, als er diesem das Mandat ertheilte, so wird meist anzunehmen sein, daß ein „Mandiren auf Schuld"[60]) vorliegt, d. h. eine Verabredung, kraft welcher D die von ihm geschuldete Geldsumme dazu verwenden soll, sich selbst von seiner Schuld an C zu befreien. Dann ist D zur Zurückbehaltung der betreffenden Summe befugt, aber es wäre m. E. ungenau, hier von Kompensation zu sprechen, weil D kein selbstständiges Gegenrecht geltend macht, sondern sich auf eine beim Abschluß des Mandats getroffene Modifikation seiner Verpflichtungen ex mutuo beruft: die Darlehensschuld des D wird nicht, wie bei der Kompensation aufgehoben, sie ist nur mit einer dilatorischen Einrede behaftet, bis L seiner Liberationspflicht genügt, oder D

---

[59]) Kompensation, 2. Aufl., S. 486, abweichend 1. Aufl., S. 418, Note 1 und S. 433. Eisele, Kompensation S. 319 erklärt Kompensation zwischen obl. dandi und faciendi im Allgemeinen für unzulässig, scheint aber bei letzteren nur an Verpflichtungen zu Arbeitsleistungen zu denken.

[60]) Thöl, Handelsrecht, Bd. I, § 343.

die Interceſſionsſchuld ſelbſt bezahlt und damit eine kompenſable Gegenforderung erwirbt.

b) Wenn D berechtigt iſt „Deckung" zu verlangen, weil er ein Deckungsverſprechen erhalten hat, oder weil die Fälligkeit der Interceſſionsſchuld unmittelbar bevorſteht, ſo iſt m. E. auch dieſer Deckungsanſpruch gegen eine obl. dandi nicht kompenſabel. Denn die zur Deckung dienenden Werthe ſollen ja nicht dem Vermögen des D definitiv zukommen, ſondern nur inſoweit, als es nöthig iſt, um ihn von der Verpflichtung des C zu befreien. Die Deckungspflicht des L kann daher nicht die Wirkung haben, ihm ſeinen Darlehensanſpruch endgiltig zu nehmen. Daher keine Kompenſation, wohl aber, ſoweit es an den Erforderniſſen nicht fehlt, Retention zum Schutze des Deckungsanſpruches[60a]).

2. Kann gegen eine Liberationsforderung mit einer Geldforderung kompenſirt werden[61])? Das Erforderniß der Gleichartigkeit führt auch hier zu einer verneinenden Antwort: D kann darauf beſtehen, daß ihn L von ſeiner Schuld an C befreit, obwohl D die gleiche Geldſumme an L ſchuldet. Eine Chicane des D kann man darin nicht erblicken, wenn man bedenkt, daß die Zahlung an C mit Schwierigkeiten verbunden ſein kann, welche L dem D abzunehmen verpflichtet iſt[62]). Wenn freilich die Interceſſion des D für den L mit Rückſicht auf eine ſchon beſtehende Schuld des D an den L erfolgt iſt, alſo ein „Mandiren auf Schuld" vorliegt, ſo iſt der Liberationsanſpruch des D durch ſeine Geldſchuld ebenſo ausgeſchloſſen, wie die Geldforderung des L durch die Interceſſion des D. Aber es handelt ſich nicht um Kompenſation, ſondern darum, daß D auf Grund des Mandats einen Anſpruch auf Liberation nicht hat: er iſt verpflichtet, die Schuld an C ſelbſt zu

---

[60a]) Vgl. Seuff. Arch., Bd. 31, Nr. 134 und R.-O.-H.-G., Entſch. Bd. 13, Nr. 95, S. 282.

[61]) Dieſer Fall iſt bei Dernburg a. a. O. nicht ſpeziell erörtert.

[62]) Man denke an den Fall, daß L die Liquidirung der Schulden des D übernommen hat und daß er aus anderem Grunde ſpäter gegen D eine Geldforderung erwirbt. Bei Zuläſſigkeit der Kompenſation könnte der Zweck des zwiſchen L und D geſchloſſenen Vertrages völlig vereitelt werden. Vgl. Dernburg a. a. O. S. 518, Note 2.

bezahlen. Mit dem daraus erwachsenen Ersatzanspruch kann er dann seine Geldschuld kompensiren.

Aber auch ohne daß auf Schuld mandirt wäre, kann, wie ich oben (S. 98) erwähnt habe, D aus anderen Gründen verpflichtet sein, sich mit Deckung zu begnügen und Mühe und Risiko der Zahlung an C selbst zu übernehmen. In diesen Fällen darf L, statt dem D die zur Zahlung nöthigen Baarmittel zu gewähren, ihn auf eine fällige Geldschuld (des D an L) verweisen. Es wird dadurch das Hin- und Herzahlen erspart. Aber auch hier liegt m. E. keine eigentliche Kompensation vor: die Geldforderung des L bleibt zunächst bestehen und erlischt durch Kompensation erst, wenn und soweit sich der Deckungsanspruch des D in einen Erstattungsanspruch verwandelt hat.

VI. Uebertragbarkeit der Liberationsforderung.

Kann eine Liberationsforderung cedirt werden? Diese Frage ist m. W. in den Quellen nicht direkt beantwortet und in der Literatur[63]) kaum besprochen, obwohl sie u. E. nicht ohne Schwierigkeit und auch nicht ohne juristisches Interesse ist.

Ich muß daher zur Darlegung meiner Ansicht etwas weiter ausholen:

In der Cessionslehre ist allgemein anerkannt, daß es Forderungen gibt, die um ihres Inhaltes willen unübertragbar sind[64]). Der zu dieser Behauptung führende Gedankengang dürfte etwa folgender sein:

a) Da der Schuldner an dem Rechtsgeschäft der Cession nicht betheiligt ist, so darf seine Rechtslage durch die Cession nicht wesentlich verschlechtert werden;

---

[63]) Die Pandektenlehrbücher erwähnen diesen Fall nicht. Ebensowenig Mühlenbruch, Cession (3. Aufl.), S. 307 fg. und A. Schmid, Grundlehren der Cession, Bd. II, S. 280 fg. Gegen die Zulässigkeit der Cession von L-Ansprüchen erklärt sich Delbrück, Uebernahme fremder Schulden S. 78 „wegen der accessorischen Natur des Rechtes auf Befreiung". M. E. ist mit diesem Argumente die Frage nicht abgethan.

[64]) Windscheid, Pandekten, § 335. Dernburg, Pandekten, Bd. II, § 50.

b) ſtrenggenommen iſt jeder Wechſel in der Perſon des Gläubigers mit einer Veränderung des Leiſtungsinhaltes verbunden[65]). Aber bei gewiſſen Obligationen pflegt dieſe Veränderung für den Schuldner nicht übermäßig drückend zu ſein, und darum muß er ſie ſich im Intereſſe des Verkehrs gefallen laſſen (hierher gehören in der Regel die obl. dandi und vor Allem die Geldforderungen). Andere Obligationen würden dagegen durch Wechſel der Perſon des Gläubigers einen ganz anderen Inhalt bekommen (in dieſe Kategorie wären zweifellos die Liberationsanſprüche zu ſtellen: denn, die Schuld des A zu zahlen, iſt etwas weſentlich anderes, als die Schuld des B zu tilgen);

c) darum ſind die Forderungen der zweiten Art unübertragbar.

In einem Sinne iſt die Schlußfolgerung zu c) unbeſtreitbar richtig: wenn L dem D perſönliche Dienſte verſprochen hat, ſo kann nicht X als Ceſſionar verlangen, daß die Dienſte ihm geleiſtet werden; wenn L dem D für deſſen Grundſtück d ein Wegerecht verſprochen hat, ſo kann nicht durch Ceſſion bewirkt werden, daß L dem X ein Wegerecht für deſſen Grundſtück x ſchulde; wenn L den D von einer Schuld im Betrage von 100 zu befreien hat, ſo kann er nicht durch einen Ceſſionar X angehalten werden, ihn, den X, von einer Schuld im gleichen Betrage zu liberiren.

Das iſt aber nur deswegen wahr, weil in allen dieſen Beiſpielen vorausgeſetzt wird, daß die Ceſſion eine Veränderung des Leiſtungsinhaltes herbeiführt. Iſt das nothwendiger Weiſe der Fall? Können dieſe Forderungen nicht auch in der Weiſe cedirt werden, daß ſie dabei keine Veränderung ihres Inhaltes erleiden? daß alſo L, obwohl ihm nun X als Kläger gegenüberſteht, nach wie vor nur verpflichtet iſt, dem D perſönliche Dienſte zu leiſten, für das (noch immer dem D gehörende) Grundſtück d eine Servität zu beſtellen, den D von ſeiner Schuld zu befreien?

Werfen wir einen Blick auf die Entſtehung unſeres Ceſſionsrechtes. Ein mandatum agendi wäre in ſolchen Fällen zweifel-

---

[65]) Windſcheid, Pandekten, § 329, Note 2.

los zulässig gewesen, aber X hätte wohl nicht als procurator in rem suam gegolten und hätte keine a. utilis erhalten. Da nun der moderne Cessionar an die Stelle des procurator in r. s. getreten ist, so liegt es nahe anzunehmen (wie das meist stillschweigend geschieht), daß in diesen Fällen keine Cession, sondern nur Prozeßvollmacht möglich sei. Wenn man aber so argumentirt, so würde man m. E. einen wichtigen Rechtssatz, den unser Recht im Gegensatz zum römischen aufweist, außer Acht lassen: in Rom sind die beiden Eigenschaften, welche die Gläubigerstellung ausmachen, Empfangsbefugniß und Klagerecht, prinzipiell in einer Person vereinigt [66]). Wir haben gelernt sie vollständig zu trennen: wir kennen „Forderungen auf Leistung an einen Dritten", bei welchen das Klagerecht dem A zusteht, die Leistung aber nicht an ihn, sondern an B erfolgen soll, welcher seinerseits die Klage nicht anstellen kann. Die Rechtsstellung des A ist im System unseres Rechtes ganz eigenartig [67]); wenn man ihn als „Gläubiger" zu bezeichnen pflegt, so darf man dabei nicht verkennen, daß sich sein Forderungsrecht in wesentlichen Stücken von den gewöhnlichen Forderungen unterscheidet. Denn die Leistung, welche er erzwingen kann, gelangt nicht in sein Vermögen und ob sie diesem Vermögen wenigstens indirekt zu Gute kommt, ist nach herrschender Lehre für die Gültigkeit seiner Forderung unwesentlich [68]). Wenn aber der Klagberechtigte kein eigenes Vermögensinteresse an der Leistung hat, so kann man seine Forderung nicht wohl zu seinem Vermögen rechnen [69]).

---

[66]) War die Empfangsbefugniß einem solutionis causa adiectus gewährt, so blieb doch daneben auch der Gläubiger empfangsberechtigt. Ein auf Leistung an den Dritten beschränktes Recht konnte aber der Gläubiger nur dann haben, wenn diese Leistung indirekt seinem Vermögen zu Gute kommen sollte.

[67]) Zu vergleichen mit dem im römischen Recht nicht selten eintretenden Fall, daß die actio dem A zusteht, während der Befriedigung heischende Anspruch sich im Vermögen des B befindet. Vgl. z. B. fr. 8 § 3 mand. 17, 1.

[68]) Windscheid, Pandekten, § 316, Note 2. Dernburg, Pandekten, Bd. II, § 18, Nr. 1.

[69]) In bezeichnender Weise äußern sich die Motive zum Entwurf Bd. V, S. 214 über das Recht der Erben ꝛc. zur Erzwingung der

Da nun das heutige Recht unbedenklich die „Verträge auf Leistung an einen Dritten" zuläßt, warum sollte dasselbe Auseinanderfallen von Klage- und Empfangsberechtigung nicht auch nachträglich hergestellt werden können? Es kann dies in zwei Weisen geschehen: a) der Gläubiger überträgt durch spätere Verabredung mit dem Schuldner die Empfangsberechtigung von sich auf einen Dritten. Der Gültigkeit einer solchen Vertragsänderung steht m. E. nach heutigem Rechte nichts entgegen; b) der Gläubiger überträgt seine Klagbefugniß auf einen Dritten und behält die Empfangsberechtigung entweder freiwillig, oder weil er aus Gründen, die in der Natur der Leistung oder im Vertrag liegen, dem Schuldner die Befugniß, an sich zu leisten, nicht entziehen kann. Eine solche Cession wird meist kein Interesse für den Cessionar haben und deshalb selten genug vorkommen, zumal für die Zwecke, die durch ein solches Rechtsgeschäft erreicht werden werden sollen (Uebertragung der Disposition über die Forderung), der Weg der Bevollmächtigung zu Gebote steht. Aber die Vollmacht ist jederzeit widerruflich, und es kann Fälle geben, in welchen der Gläubiger eine unwiderrufliche Uebertragung des Forderungsrechtes, dessen Erfüllung nur in seiner Person erfolgen kann, beabsichtigt[70]). M. E. muß man ein dahin gehendes Geschäft als gültige Cession betrachten, die sich zur gewöhnlichen Cession, welche dem Cessionar den Anspruch auf einen seinem Vermögen zukom-

---

Auflage: „die Befugniß ist mehr eine formelle; ihnen (sc. den Erben) wird nicht ein Forderungsrecht von materiellem Vermögenswerth zugewendet, da die Leistung aus der Auflage für sie ohne unmittelbares vermögensrechtliches Interesse ist". Uebrigens halte ich den § 1888 des Entwurfes für einen Rückschritt im Vergleich zum späteren römischen Rechte, welches m. E. das, was früher aus formalen Gründen für eine Auflage gegolten hatte, als Vermächtniß anerkannte, wenn es an einer bestimmten begünstigten Person nicht fehlte.

[70]) Z. B. D verkauft sein Grundstück an X und cedirt ihm zugleich seine Forderung gegen den Nachbarn, der ihm ein Wegerecht für das Grundstück versprochen hatte; die Umschreibung des Grundstücks wird durch Formalien auf längere Zeit verzögert. Wäre die Cession ungültig, so könnte der Erwerb der Servitut durch Verhandlungen zwischen D und dem Nachbarn vereitelt werden.

menden Werth verschafft, so verhält, wie der „Vertrag auf Leistung an einen Dritten" zum normalen Vertrag auf Leistung an den Gläubiger. Die Forderungen, bei denen die Leistung nur an den Gläubiger erfolgen kann oder soll, sind daher nicht de iure unabtretbar, sondern nur de facto meistens ungeeignet abgetreten zu werden.

In diesem Sinne sind nun auch die Liberationsforderungen cessibel, aber in der Hand des Cessionars für ihn selbst in der Regel[71]) werthlos: denn dem Liberationspflichtigen kann nicht verwehrt werden, durch Befreiung des Cedenten seine Verpflichtung zu erfüllen, und sollte er nicht freiwillig seine Leistung vornehmen, so wird der Cessionar selten in der Lage sein ein Interesse an der unterbliebenen Leistung zu liquidiren; wenn er aber auf Erfüllung der Liberationspflicht besteht, so kommt dies nicht ihm, sondern dem Cedenten zu Gute[72]).

---

[71]) In der Regel, aber nicht absolut, werthlos: denn die Liberationsforderung kann u. U. auch für den Cessionar einen Werth bekommen. Das kann geschehen: 1) wenn der Cedent D seinen Gläubiger C bezahlt, so verwandelt sich der Befreiungsanspruch in eine obl. dandi, welche der Cessionar zu eigenem Nutzen geltend machen kann. Die Cession einer zunächst auf Liberation gerichteten Regreßklage z. B. der a. mand. contr. wird sogar meist mit Rücksicht auf diesen Vorgang erfolgen, um z. B. dem Cessionar X, welcher am selben Orte mit dem Regreßpflichtigen L, aber sehr weit vom Regreßberechtigten D und dessen Gläubiger C wohnt, ein Forderungsrecht gegen L zu verschaffen. Uebrigens kann der Cessionar X die Verwandlung des Liberations- in einen Erstattungsanspruch auch selbst herbeiführen, indem er den Gläubiger (C) seines Cedenten befriedigt; denn es ist immerhin möglich, daß X seinen Vortheil dabei findet, 100 an C zu zahlen, um 100 von L verlangen zu können. — 2) Der Cessionar einer Liberationsforderung kann sie zu seinem eigenen Nutzen verwenden, indem er mit dem liberationspflichtigen L über eine Aenderung des Leistungsinhaltes einig wird, z. B. statt der ursprünglichen Leistung (Befreiung des Cedenten D) eine Leistung an sich selbst vereinbart. Wenn der liberationsberechtigte D selbst die Möglichkeit hat, seinen Regreß in dieser Weise zu verwerthen, warum soll er diese Möglichkeit nicht auf dem Wege der Cession auf X übertragen können?

[72]) Eine andere Frage ist, ob ein dem Schuldner gegen den Gläubiger zustehendes Recht auf Aufhebung der Schuld, ein „negatives Recht" im Sinne von Bekker, Pandekten, Bd. I, § 28, Note c, durch Cession

Es gibt nur eine Person, bei welcher diese Umstände, in Folge deren die Cession einer Liberationsforderung ein un-

übertragen werden kann. Ein modernes Beispiel für diese Art von Gegenrechten findet sich im § 7, Abs. 2 des Haftpflichtgesetzes (Anspruch des Schuldners auf Aufhebung oder Minderung der zuerkannten Rente). Das Reichsgericht, Entscheidungen, Bd. 1, Nr. 117 hat diesen Anspruch für unübertragbar erklärt, weil „das gemeine Recht bei der Cession nur Forderungsrechte im engeren Sinne im Auge habe, d. h. Rechte, deren Gegenstand eine an sich einen Vermögenswerth darstellende Leistung ist, bei welcher also der Berechtigte als Gläubiger, der Verpflichtete als Schuldner im engeren Sinne dieser Worte erscheint". Die Erwägungen, auf Grund deren das Reichsgericht dazu gelangt, die Unübertragbarkeit des vorliegenden Klagerechts auf Minderung resp. Aufhebung einer zuerkannten Rente auszusprechen, sind zum Theil sehr beachtenswerth, namentlich der Hinweis darauf, daß es dem Rentengläubiger unbequem sein kann, über den Betrag seiner Rente mit einer anderen Person, als dem Schuldner, zu prozessiren. Jedoch ist in der Entscheidung des Reichsgerichts ein positiver Ausspruch der Quellen nicht berücksichtigt, dessen analoge Anwendung auf den vorliegenden Fall u. E. recht nahe liegt. In fr. 24 pr. de min. 4, 4 wird die Cession der in integrum rest. des Minderjährigen an den, dessen Geschäfte er als neg. gestor geführt hat, zugelassen. Nun ist doch die in int. rest. ein negatives auf Aufhebung einer eingetretenen Rechtswirkung z. B. einer Obligirung gerichtetes Recht, welches die größte Aehnlichkeit mit dem Anspruch auf Aufhebung einer zuerkannten Rente hat. Beide stimmen darin überein, daß vom Gegner (bei der in int. rest. im iud. rescindens) keinerlei Leistung verlangt wird, daß daher auch der Gegner nicht als „Schuldner im engeren Sinne dieses Wortes erscheint". Trotzdem kann ein Dritter als Cessionar die in int. rest. des minor betreiben; daß der Dritte dabei interessirt ist, erscheint nicht einmal als rechtliche Voraussetzung, sondern blos als faktische Bedingung des Vorkommens einer solchen Cession. Durch fr. 24 pr. cit. wird u. E. die prinzipielle Bedeutung der vom Reichsgericht angeführten Erwägungen erschüttert. Jedenfalls gelten sie aber nur für die gegen den Gläubiger gerichteten Rechte auf Aufhebung einer Schuld, und nicht für den Liberationsanspruch, dessen Schuldner ein Dritter ist: Vom Liberationspflichtigen wird eine Leistung verlangt, welche „an sich einen Vermögenswerth darstellt", denn in der Regel wird er seine Verpflichtung nicht anders, als durch Zahlung an den Gläubiger erfüllen können. Und daß der Cessionar einer Liberationsforderung nicht Zahlung an sich selbst verlangen kann, ist deswegen kein Grund gegen die Zulässigkeit der Cession, weil ja auch schon der Cedent keine Leistung an sich zu beanspruchen hat. Diese wesentliche Verschiedenheit der Liberationsforderung von den negativen Rechten, die dem Schuldner gegen den Gläubiger

praktisches Geschäft ist, nicht vorliegen: das ist der Gläubiger (C) des liberationsberechtigten Schuldners D. Denn ihm kommt die Erfüllung der Liberationsverpflichtung, wenn sie durch D geltend gemacht wird, zu Gute. Was D verlangen könnte, darf nun C auf Grund der Cession fordern: D konnte, wenn die ihm abzunehmende Schuld fällig war, Befriedigung des C verlangen, dasselbe fordert C. Daß C als Cessionar Leistung an sich selbst fordert, während der Cedent nur Leistung an einen Dritten erreichen konnte, ist keine den debitor cessus benachtheiligende Aenderung des Obligationsinhalts: denn der Dritte, an den zu leisten der cessus L eine unentziehbare Befugniß hat, ist ja eben durch die Cession sein Gläubiger geworden. Er ist durch die Cession nur in die Lage gekommen, das zu fordern, was der cessus ihm zu leisten von Anfang an (freilich nur dem Cedenten gegenüber) verpflichtet war[73]). Ist die Schuld zur Zeit der

---

zustehen können, ist vollkommen übersehen in einem Urtheil des Oberlandesgerichts Hamburg, Seuffert's Archiv, Band 38, Nr. 224, in welchem die Cession einer Liberationsforderung an den Gläubiger mit Hinweis auf die Gründe der reichsgerichtlichen Entscheidung für ungültig erklärt wird. Das Oberlandesgericht fügt als weiteren Grund für die Unübertragbarkeit der Liberationsforderung hinzu: „zumal solche Liberirung nicht nothwendig durch Zahlung an den Kläger (d. h. den Gläubiger, an den der Liberationsanspruch cedirt worden ist), sondern auch auf andere Weise, z. B. durch Verzicht des Klägers, herbeigeführt werden kann". Auch dies Argument scheint mir nicht stichhaltig zu sein. Daß der Verzicht des Gläubigers den Liberationsanspruch gegenstandslos macht, ist unbestreitbar, aber daraus folgt doch nur, daß der Verzicht den Anspruch auch dann zerstört, wenn er in das Vermögen eines Cessionars, speziell des Gläubigers selbst, übergegangen ist. Das bedeutet aber nicht, wie das Urtheil anzunehmen scheint, daß das Objekt des Befreiungsanspruches für den Gläubiger als Cessionar keinen Vermögenswerth habe.

[73]) Delbrück a. a. O. hält die Cession des L.-Anspruchs auch dann für unzulässig, wenn sie an den Gläubiger C erfolgt. Allein er citirt selbst (S. 77, Note 12) eine Entscheidung des Obertribunals, Bd. 7, S. 298 fg., in welcher ausgesprochen wird, der Gläubiger könne auf Grund des ihm abgetretenen Befreiungsanspruchs Zahlung der Schuldsumme an sich selbst verlangen. Die Wirksamkeit der Cession einer Liberationsklage ist ferner vorausgesetzt in einer Entscheidung des Reichsgerichtes, Bd. V, Nr. 31, S. 121: „das Bedenken, ob der Rückversicherte bei seiner-

Cession nicht fällig, so kann der Cessionar C natürlich keine weitergehenden Ansprüche haben als der Cedent D. Letzterer konnte nun in diesem Falle, wie wir oben S. 98 gesehen haben, „Deckung" fordern, d. h. Bereitstellung der Mittel zur Befriedigung des C. In diesen Anspruch tritt C ein, ohne daß damit eine Erschwerung der Verpflichtungen des cessus verbunden wäre: es kann ja dem L gleichgültig sein, ob er die zur Bezahlung der Schuld nöthigen Mittel dem D zum Zweck der Uebergabe an C, oder direkt dem C zur Verfügung stellt; will L dem C das nöthige Vertrauen[74]) nicht schenken, so kann er ja den Weg der Deposition bei einem Dritten wählen. Die Hinterlegung zu Gunsten des C kann sogar dem Liberationspflichtigen insofern günstiger sein, als er dem C den Zugriff auf das Depositum erst für den Moment der Fälligkeit einzuräumen braucht, während D über die hinterlegten Werthe eine angemessene Zeit *vor* der Fälligkeit muß verfügen dürfen, damit er sie zur rechtzeitigen Bezahlung des C verwenden könne.

Die Cession des Liberationsanspruches an den Gläubiger des zu befreienden Schuldners führt zu einer Vereinfachung des juristischen Bildes. Die Rollen des Klagberechtigten und des Leistungsempfängers, die bei der Liberationsklage, wie bei den sonstigen Ansprüchen auf Leistung an einen Dritten, abnormer Weise auf zwei verschiedene Personen vertheilt sind, sind hier vereinigt[75]). Eine solche Cession ist zugleich für den Schuldner D

seits noch nicht erfolgten Zahlung gegen den Rückversicherer auf Zahlung oder auf *Befreiung* von seiner Zahlungsverbindlichkeit klagen könne, ist im vorliegenden Fall unerheblich, weil der Kläger, als Inhaber der von der Lebensversicherungsbank ausgestellten Police, der gedachten Bank als Gläubiger gegenübersteht und ihm die Forderung der letzteren an die Beklagte aus der Rückversicherung an Zahlungsstatt für den entsprechenden Theil seiner Forderung cedirt worden ist", d. h.: wenn auch der Anspruch des Cedenten auf Liberation ging, so hat er sich jedenfalls in den Händen des Cessionars in einen Zahlungsanspruch verwandelt, weil der Cessionar zugleich Gläubiger der zu tilgenden Forderung ist. Ueber das Urtheil des O.-L.-G. *Hamburg*, welches die Gültigkeit der Cession in diesem Falle verneint vgl. die vorige Note.

[74]) Die Deckung kann, wenn die zu tilgende Schuld nicht liquid ist, größer sein, als der Schuldbetrag, wie er sich bei der Zahlung herausstellt.

[75]) Die Cession einer L.-Forderung an den Gläubiger — wie auch

ein bequemes Mittel, seinen Gläubiger C aus dem Vermögen des L zu befriedigen, worauf ja D dem L gegenüber berechtigt ist.

Es gibt Fälle, in denen C verpflichtet ist, sich mit der Cession des Anspruches gegen L zu begnügen[76]); zu diesen Fällen gehört aber nicht die Geschäftsführung durch Intercession: wenn D im Interesse des L Schuldner des C geworden ist, so haftet er dem C mit seinem eigenen Vermögen und kann ihn nicht an den liberationspflichtigen Geschäftsherrn L verweisen. Wenn C auf eine Cession des Liberationsanspruches eingeht, so thut er es freiwillig. Aber C ist auch nicht berechtigt, diese Cession zu verlangen[77]); klagen kann er nur auf die ihm von D in eigenem Namen versprochene Leistung[78]).

---

die Cession einer „Forderung auf Leistung an einen Dritten" an diesen Dritten — ist ein Rechtsgeschäft, welches sich, bei genauerer Betrachtung, nicht unwesentlich von dem unterscheidet, was wir Cession zu nennen gewohnt sind. Läßt sich diese Cession noch als Zuwendung (resp. bei animus donandi als Schenkung) bezeichnen? Der Cedent scheint nicht ärmer zu werden, wenn er ein Recht abtritt, dessen Geltendmachung doch nicht ihm zu Gute kommen würde (wenn man von der immerhin abnormen Utilisirung durch Annahme einer datio in solutum, vgl. oben S. 93, absieht). Auch an dem Reicherwerden des Cessionars könnte man vielleicht zweifeln, da er schon vor der Cession, wenn auch kein Recht, so doch, vermöge einer Reflexwirkung des dem Cedenten zustehenden Rechtes, eine begründete Aussicht hatte, die Leistung des debitor cessus in sein Vermögen zu bekommen; durch die Cession wird dem Cessionar in diesen Fällen ein Vermögensvortheil nicht sowohl zugeführt, als vielmehr rechtlich gesichert.

[76]) So z. B. wenn D in der Erfüllung seiner Vertragspflichten gegen C erlaubter Weise den L substituirt, arg. fr. 1 § 11 dep. 16, 3. Die zu cedirende Klage des D gegen seinen Substituten geht m. E. prinzipiell auf Leistung des Schadensersatzes an den Gläubiger (C). Den Beweis dieser Behauptung muß ich einer späteren Ausführung vorbehalten.

[77]) Vgl. oben § 3 S. 18.

[78]) Ebenso verhält es sich m. E., wenn die Kaufsache beim zweiten Käufer C evincirt wird. Er kann sich nur an seinen unmittelbaren Vormann D halten, und dieser wiederum an seinen Autor L. Da nun der Schaden des D in einer Schuldbelastung besteht, so glaube ich den Regreß D—L als Liberationsanspruch auffassen zu müssen (vgl. oben Note 18). Aber daraus folgt weder, daß D, wenn ihn C belangt, befugt ist seinen Anspruch gegen L zu cediren (wie Dernburg, Pandekten, Bd. II, § 99,

Läßt sich der Gläubiger C die Liberationsforderung cediren, so kann das dieser Cession zu Grunde liegende Rechtsverhältniß zwischen Cedent und Cessionar ein verschiedenes sein:

1. Die Cession kann „zahlungshalber" erfolgen. Dann ist der Cedent D nicht schon durch die Cession selbst von seiner Schuld an C befreit, sondern erst durch die erfolgreiche Geltendmachung der cedirten Forderung gegen den cessus L. Der Fall liegt genau so, wie wenn eine Forderung auf Sachleistung zahlungshalber cedirt wird. Eine eigenthümliche Schwierigkeit entsteht aber, wenn die Liberationsforderung an den Gläubiger C

2. „an Zahlungsstatt" cedirt wird. Durch datio in solutum wird der Schuldner D befreit, daraus scheint zu folgen, daß sein Befreiungsanspruch gegen L im selben Moment, in welchem er an den Gläubiger cedirt wird, untergeht [79]).

Wäre diese Rechtkonsequenz unabwendbar [80]), so würde die Cession, bei welcher beide Parteien die Absicht haben, dem Gläubiger zur Befriedigung seines Anspruches zu verhelfen, das gewiß unerwartete Resultat haben, daß der Gläubiger sein bisheriges Recht gegen D verliert und eben deshalb ein Recht gegen L nicht erwerben kann; L dagegen wäre per occasionem iuris durch Wegfall seiner Schuld bereichert. Unter solchen Umständen ist es Recht und Pflicht der Jurisprudenz, eine Konstruktion des Rechtsgeschäftes zu suchen „quae rei gerendae aptior est". Die Römer selbst haben uns in einer ähnlichen Schwierigkeit einen Weg gewiesen, auf welchem man zu einem der Parteienabsicht gerechtwerdenden Resultat gelangen kann: wenn der Bürge gegen Abtretung der Forderung gegen den Hauptschuldner zahlt, so konnte diese Zahlung nicht als wirkliche Tilgung der Schuld aufgefaßt werden, weil sonst die

Note 26 in der ersten Aufl. behauptet), noch daß D zu dieser Cession verpflichtet ist (Dernburg a. a. O., 3. Aufl.).

[79]) Denn die datio in solutum kann in diesem Falle nicht, wie sonst, vgl. oben S. 91, gleich der Zahlung wirken und einen Erstattungsanspruch erzeugen, weil das, was D in solutum gibt, nicht ein Vermögensaktivum von selbständiger, positiver Bedeutung, sondern die Liberationsforderung ist, welche nur gewissermaßen als Schatten einer Schuld existiren kann und mit deren Verschwinden jeden Werth verliert, vgl. oben S. 92.

[80]) Wie Delbrück a. a. O. S. 79 annimmt.

cedirte Forderung untergegangen wäre. Daher wurde der Vorgang als emptio nominis gedeutet, im Widerspruch zu dem juristischen Willen der Parteien — denn der Bürge, der zur Zahlung gezwungen wird, hat doch gewiß nicht die „affectio emptoris“ — aber im Einklang mit dem weiteren Zweck, den sie im Auge hatten: dem Bürgen eine Regreßklage zu verschaffen[81]). Bei diesem vielbesprochenen Meisterstück römischer Interpretation ist m. W. eine Frage so gut wie gar nicht berührt worden: wenn der Bürge wirklich nicht gezahlt, sondern die Forderung dem Gläubiger abgekauft hat, so ist ja auch er selbst noch Schuldner des Gläubigers geblieben. Erst durch litis contestatio mit dem Hauptschuldner geht zugleich auch die Forderung des Gläubigers gegen den Bürgen unter[82]). Trotzdem wird der Gläubiger, der sein Geld vom Bürgen erhalten hat, nicht nochmals gegen diesen klagen können: das Geld, das er — als Verkäufer, sagen uns die Juristen — erhalten hat, dient ihm zugleich zu seiner Befriedigung, er hat dafür auf die Geltendmachung seines immer noch ipso iure bestehenden Rechts gegen den Bürgen verzichtet, man kann nur im Zweifel darüber sein, ob ihm eine exceptio doli oder ein pactum de non petendo entgegensteht. Aehnlich verhält es sich in unserem Fall: die Liberationsforderung ist dem Gläubiger C „an Zahlungsstatt“ cedirt, er darf nicht mehr auf seinen alten Schuldner D zurückkommen. Aber die normale Wirkungsart der in solutum datio — ipso iure Untergang der Schuld — darf man hier nicht annehmen, weil damit die cedirte Forderung vernichtet wäre. Aber man braucht nur in der Annahme der Forderung an Zahlungsstatt ein pactum de non petendo in perpetuum zu sehen, dann ist beiden Parteien geholfen: der Schuldner D ist definitiv vom Zahlungszwang befreit, der Gläubiger hat eine wirksame Forderung erworben. In dieser Weise glaube

---

[81]) Vgl. über diese römische Konstruktion neuerdings Stampe im Arch. f. civil. Pr., Bd. 80, S. 407 fg. Ob Stampe Recht hat, aus diesen ganz eigenartigen Fällen einen vom bisherigen verschiedenen Begriff der Cession abzuleiten, möchte ich hier dahingestellt sein lassen.

[82]) arg. fr. 29 de lib. leg. 34, 3 . . . cuius petitione utrumque accidit, ut et hoc commodum ad eum pervenit, et is qui capit liberetur.

ich die Cession der Liberationsforderung an den Gläubiger, die ihrer praktischen Bedeutung wegen jedenfalls geschützt zu werden verdient, mit den Erfordernissen juristischer Konstruktion in Einklang bringen zu können.

VII. Pfändbarkeit des Liberationsanspruches.

Die Civilprozeßordnung regelt bekanntlich im Einzelnen die Pfändung nur für zwei Kategorieen von Forderungen: 1) Geldforderungen, § 730 fg., 2) Ansprüche, welche die Herausgabe oder Leistung körperlicher Sachen zum Gegenstande haben, § 745. Die Liberationsforderung läßt sich m. E. unter keine dieser Kategorieen stellen, namentlich nicht unter 1), denn sie hat keine dare sondern ein facere zum Inhalt; sie gehört daher zu den „anderen Vermögensrechten" des § 754, bei welchen entsprechende Anwendung der für 1) und 2) aufgestellten Bestimmungen vorgeschrieben ist.

Die Frage der Pfändbarkeit wird vom Gesetze nicht entschieden; die Antwort ergiebt sich m. E. aus dem, was oben unter VI über die Cessibilität gesagt ist[83]): die Pfändung einer Liberationsforderung dürfte an sich zulässig sein, ist aber meist unpraktisch, weil der pfändende Gläubiger aus ihr in der Regel keinen Nutzen ziehen kann. Das ergibt sich aus Folgendem: a) ließe sich der Gläubiger die gepfändete Liberationsforderung zur Einziehung überweisen, so würde die Geltendmachung derselben ihres Inhaltes wegen doch nicht ihm, sondern nur dem gepfändeten Schuldner zu Gute kommen. Eine anderweitige Verwendung, als durch Einziehung, z. B. zur Erlangung einer Leistung an sich selbst auf dem Wege des Vergleiches mit dem Drittschuldner, ist m. Er. dem Pfändungsgläubiger in diesem Falle nicht gestattet[84]). b) ließe sich der Gläubiger den gepfändeten Liberations-

[83]) Die Pfändbarkeit wird in der Literatur gewöhnlich als Konsequenz aus der Uebertragbarkeit dargestellt, vgl. Hellwig, Verpfändung und Pfändung von Forderungen, S. 70 fg.

[84]) Vgl. das bei Seuffert, Kommentar zu § 736, Note 5 citirte Urtheil des O.-L.-G. Hamburg (Seuffert's Arch. 38, Nr. 79): der Gläubiger ist nicht befugt, Nachlaß oder Stundung mit Wirkung gegen den Schuldner zu gewähren.

anspruch an Zahlungsstatt überweisen, so müßte das zum Nennwerth erfolgen; der Nennwerth ist aber, bei analoger Uebertragung dieses Begriffes auf Liberationsforderungen, nicht anders zu bestimmen, als durch den Betrag der vom Liberationspflichtigen zu tilgenden Forderung[85]). Ist nun dem pfändenden Gläubiger der Liberationsanspruch in dieser Weise überwiesen, so kann er frei über ihn verfügen, also auch durch Vereinbarung mit dem Drittschuldner eine andere ihm selbst zu Gute kommende Leistung der Befreiung substituiren. Jedoch wird er diese Aenderung des Inhaltes der gepfändeten Forderung meist durch ein Opfer erkaufen müssen, also nicht denselben Betrag erzielen können, für welchen ihm die Forderung überwiesen ist. So erscheint die Pfändung eines Liberationsanspruches als ein den pfändenden Gläubiger wenig förderndes Beginnen.

Allein jede Liberationsforderung enthält einen eventuellen Erstattungsanspruch: wenn der gepfändete Schuldner D seinen Gläubiger C bezahlt, so verwandelt sich sein Befreiungsanspruch gegen L in eine Forderung auf Erstattung der gezahlten Summe und diese Forderung kann, wenn sie von P gepfändet ist, von diesem in beiden Arten: durch Ueberweisuug zur Einziehung oder an Zahlungsstatt, gleich jeder anderen Forderung verwerthet werden. Nun wird zwar in der Regel der Gepfändete D die Bedingung, von der die Umwandlung seiner gepfändeten Forderung in einem Erstattungsfalle abhängt, nicht erfüllen, er wird seine Schuld an C so wenig bezahlen können, wie die an P, um derenwillen die Zwangsvollstreckung gegen ihn eingeleitet ist; allein es kann doch Fälle geben, in denen es für P von Nutzen ist, den Liberationsanspruch des D mit Rücksicht auf dessen Verwandlung in einen Erstattungsanspruch zu pfänden; z. B.:

a) P pfändet, nicht weil sein Schuldner D insolvent ist, sondern weil ihm das übrige Vermögen des D (der im Ausland wohnt und einen Liberationsanspruch gegen den im Inland domicilirten L hat) unzugänglich ist. Oder

b) D ist zwar insolvent, aber sein anderer Gläubiger C hat

---

[85]) Vgl. oben S. 93.

sichere Aussicht aus Hypotheken oder anderen Vorzugsrechten zu seiner Befriedigung zu gelangen, in welchem Falle dann der Liberationsanspruch des D gegen L in eine Erstattungsforderung übergehen wird.

Nur eine Person gibt es, bei der Pfändung so gut wie bei der Cession, welcher schon der Liberationsanspruch als solcher unmittelbar zu Gute kommt, indem er sich eben in dieser Person in eine obligatio dandi verwandelt: Das ist der Gläubiger (C) der Forderung, von welcher D liberirt zu werden beanspruchen konnte.

VIII. Der Liberationsanspruch als Aktivum einer Konkursmasse.

Durch den Konkurs werden die Forderungen der Gläubiger des Gemeinschuldners in verschiedenen Beziehungen modificirt. Die Forderungen des Gemeinschuldners dagegen bleiben in ihrem Inhalte unverändert.

Hat der Gemeinschuldner einen Liberationsanspruch gegen L, so ist L trotz des Konkurses, der über D ausgebrochen ist, zu nichts anderem als zur Beseitigung der betreffenden Schuld verpflichtet[86]). Es ergeben sich hieraus einige interessante Konsequenzen, die zum Theil noch nicht genügend beachtet worden sind:

1) Der Liberationsanspruch ist nur dann Bestandtheil der Konkursmasse, wenn die aufzuhebende Forderung im Konkurse angemeldet wird. Zwar gehört der Liberationsanspruch zum Vermögen des Gemeinschuldners, aber nicht als selbstständiges Aktivum, sondern als ein bestimmungsgemäß mit einem Passivum verbundenes, zur Auf-

[86]) Auch eine vorzeitige Fälligkeit der Forderungen des Gemeinschuldners wird durch die Konkurseröffnung nicht herbeigeführt. Wäre also z. B. L verpflichtet den D zum 1. Dezember zu liberiren, so wird daran nichts geändert, wenn D am 1. Juli in Konkurs verfällt und dadurch seine Schuld, die mit einem noch weit ausstehenden Termin versehen war, dadurch fällig wird. Wenn dagegen die Liberationsverpflichtung keinen selbstständigen Termin hat, sondern von der Fälligkeit der Schuld abhängt, so entsteht die — schwer zu beantwortende — Frage, ob der bei Entstehung der Schuld festgesetzte oder der durch die Konkurseröffnung vorgerückte Fälligkeitstermin in Betracht kommt.

hebung derselben dienendes Recht. Der Gemeinschuldner kann verlangen, von der Forderung seines Gläubigers C befreit zu werden. Dasselbe können die Konkursgläubiger verlangen, wenn die Forderung des C für sie in Betracht kommt, ihre Dividende zu schmälern droht. Bleibt dagegen C außerhalb des Konkurses, weil er es vorzieht, seine Forderung gegen den Gemeinschuldner persönlich geltend zu machen [87]), so ist damit auch entschieden, daß der im Vermögen des Gemeinschuldners der Schuld an C gegenüberstehende Liberationsanspruch zum konkursfreien Vermögen gehört. Die Konkursgläubiger haben an einem Vermögensbestandtheil, welcher weder die zu ihrer Befriedigung dienenden Aktiven vermehrt, noch ein mit ihren Forderungen konkurrirendes Passivum aufhebt, kein Interesse. Die Vollmacht des Konkursverwalters reicht aber nicht weiter, als der Zweck der gleichmäßigen Befriedigung der Gläubiger erheischt [88]).

2) Bezahlt der Gemeinschuldner den Gläubiger C aus seinem konkursfreien Vermögen (z. B. aus Geld, welches er nach der Konkurseröffnung erworben hat), so fällt m. E. der Erstattungsanspruch nicht in die Aktivmasse, sondern wird freies Vermögen des Schuldners. Denn der Erstattungsanspruch ist zwar eine neue Form des Liberationsanspruches, und dieser Anspruch gehört zur Konkursmasse, aber nur unter der Voraussetzung, daß der betreffende Gläubiger im Konkurse auftritt. Der Erstattungsanspruch ist ein Vermögenswerth, welcher nur durch eine Leistung erworben wird: seine Zugehörigkeit zur Konkursmasse oder zum freien Vermögen bestimmt sich darnach, aus welcher Vermögensmasse die Gegenleistung (Bezahlung der Schuld) entnommen ist. Das Verhältniß liegt ähnlich wie bei einer Forderung aus einem zweiseitigen beiderseits noch nicht erfüllten Vertrag, K.-O. § 15. Erfüllt der Konkursverwalter, so fällt die Forderung in die Konkursmasse, verweigert der Konkursverwalter die Erfüllung, so kann der Gemeinschuldner sie aus dem freien Vermögen vornehmen und die Gegenforderung für sich erwerben.

---

[87]) Der Gläubiger ist daran durch K.O. § 10 nicht gehindert, vgl. Petersen und Kleinfeller, Kommentar zur K.-O. § 10, Nr. III.

[88]) A. S. Schultze, Konkursrecht, S. 44.

Doch ist die Analogie keine vollständige: Die Forderungen des § 15 K.-O. kann der Konkursverwalter zur Konkursmasse ziehen, sofern nur die dem Gemeinschuldner obliegende Leistung durch den Konkursverwalter vorgenommen werden kann[89]); der Gemeinschuldner kann dieses Recht des Konkursverwalters nicht dadurch vereiteln, daß er ihm mit Erfüllung aus seinem freien Vermögen zuvorkommt.

Im Falle des Liberationsregresses hängt es dagegen nicht vom Konkursverwalter, sondern vom Willen des Gläubigers ab, ob er sich am Konkurse betheiligen, oder sich an dem Schuldner persönlich halten wolle. Meldet sich der Gläubiger nicht im Konkurse, so ist der Konkursverwalter nicht befugt, ihn zu bezahlen und damit den Erstattungsprozeß für die Masse zu erwerben, vielmehr ist dem Gemeinschuldner (resp. seinen Freunden) unverwehrt, den Erstattungsanspruch in das konkursfreie Vermögen zu bringen.

3. Der Regreßpflichtige L ist zu keiner anderen Leistung verpflichtet, als dazu, die Aufhebung der Forderung des C zu bewirken. Der Konkurs des Schuldners D ist ohne Einfluß auf den Inhalt des Regresses. Daraus ergibt sich, daß K.-O. § 7 auf Liberationsansprüche keine Anwendung findet: der Regreßpflichtige leistet auch nach der Konkurseröffnung mit befreiender Wirkung an den Gläubiger C; denn es handelt sich bei der Liberationspflicht nicht um eine „zur Konkursmasse zu erfüllende Verbindlichkeit." Die Leistung des L ist ja nicht dazu bestimmt, die Aktiva der Konkursmasse zu vermehren, sondern die Passiva zu vermindern und dieser Erfolg ist eingetreten. Man kann auch nicht sagen, daß in der Bezahlung des Gläubigers C eine „Leistung an den Gemeinschuldner" zu sehen ist, denn C ist bei Entgegennahme der Leistung nicht Vertreter des Gemeinschuldners, vielmehr kann man von ihm sagen: suum recepit[90]).

---

[89]) Petersen und Kleinfeller S. 60. Oetker, Zeitschrift für Civilproceß, Bd. 14, S. 20.

[90]) Der Gläubiger C ist nicht gleich einem solutionis causa adiectus des liberationsberechtigten D, dessen Empfangsermächtigung allerdings durch Konkurs des reus credendi erlöschen würde, vgl. Windscheid, Pandekten, § 342, Note 38.

4. Hat der Gläubiger C seine Forderung im Konkurse angemeldet, so ist damit zugleich der Liberationsanspruch Bestandtheil der Konkursmasse geworden, aber ohne seinen Inhalt zu verändern[91]). Verlangt der Konkursverwalter Erfüllung der Liberationspflicht, so kommt es zu einer vollen Befriedigung des Gläubigers C. Dieser Gläubiger ist, ohne ein Privileg im Konkurs zu haben — denn er kann nichts anderes als die auf seine Forderung entfallende Dividende verlangen — dadurch begünstigt, daß der Gemeinschuldner einen seine Forderung entsprechenden Regreß gegen L hat. Wir haben es mit einem typischen Fall der „Reflexwirkung" zu thun.

Will der Konkursverwalter die Forderung nicht selbst geltend machen sondern durch Cession verwerthen, so führt auch dieser Weg zu demselben Resultat: der vollen Befriedigung des Gläubigers C: Denn an anderen Personen, als an diesen Gläubiger, ist eine Cession des Liberationsanspruchs zwar nicht unmöglich; aber da die Cession einem extraneus keinen Vortheil verschafft, so wird sich auch Niemand finden, der für die Forderung einen Preis zahlt. Beim Gläubiger C dagegen verwandelt sich der Befreiungsanspruch in eine obligatio ad dandum, die ihm gerade das verschafft, was er zu fordern hat; er wird daher bereit sein, wenn der Liberationsschuldner L solvent ist, den Befreiungsanspruch an Zahlungsstatt anzunehmen.

Zu einer Zahlung an die Konkursmasse kann L nur dann angehalten werden, wenn sich seine Verpflichtung in eine obligatio dandi verwandelt hat d. h. wenn und soweit der Konkursverwalter den Gläubiger C befriedigt hat. Der Liberationsanspruch kann also die bei der Vertheilung zur Verfügung stehende Masse nicht vermehren, es kommt daher zu einer Abschlagsvertheilung. Wenn nun bei dieser die Dividende 50 % beträgt, so hat der Gläubiger C auf seine Forderung im Betrage von 100 eine Summe von 50 erhalten, und in dieser Höhe ist zugleich der Erstattungsanspruch gegen L entstanden. Diese von L ein-

[91]) Nach dem, was oben S. 56 Nr. 2 ausgeführt ist, kann der Konkursverwalter u. U. Liberation des Gemeinschuldners verlangen, während dieser selbst erst nach Bezahlung des C regreßberechtigt ist.

gezahlten 50 bilden nun das Objekt einer weiteren Abschlagsvertheilung, bei welcher, wenn die Forderung des C ein Zehntel sämmtlicher Konkursforderungen ausmacht, auf C ein Betrag von 5 entfällt; in dieser Höhe entsteht ein neuer Erstattungsanspruch gegen L, der wieder zu einer Nachvertheilung führt u. s. w. Auf diesem Wege kann L nie zur Zahlung der vollen 100 herangezogen werden, die Summe der immer kleiner werdenden Beträge, die er an die Konkursmasse zu entrichten hat, bleibt mit mathematischer Nothwendigkeit hinter dem vollen Betrag der Schuld des D an den C zurück. Dies Resultat ist m. E. unvermeidlich, wenn der Konkursverwalter den Anspruch des Gemeinschuldners nicht im Stadium der Liberation, sondern in dem der Erstattung ausüben, d. h. Zahlung an die Konkursmasse verlangen will[92]).

Allerdings wird bisweilen behauptet, der Konkursverwalter könne von L Zahlung des vollen Betrages der Schuld des D verlangen; so Ofner (Grünhut's Zeitschrift Bd. XX, S. 254): „Der interne Geschäftsherr (L) hat den Gemeinschuldner (D) schadlos zu halten. Ist also seine Ersatzpflicht nicht auf die Quote beschränkt, welche aus der Konkursmasse vertheilt wird? Die Frage ist zu verneinen, weil die Konkurseröffnung die einzelnen Ansprüche des Kridars nicht mindert, die Quote vielmehr nur aus einer communio incideus der Gläubiger bei ungenügendem Zahlungsfond entsteht. Die Regreßforderung der Masse ist in dem Momente, als die Forderung des Dritten entstand, sofort in gleicher Höhe mitentstanden." Ich halte diese Argumentation für unrichtig: gewiß werden die Ansprüche des Gemeinschuldners durch die Konkurseröffnung nicht gemindert, aber eben so gewiß

[92]) Dasselbe Rechtsverhältniß ergibt sich bei der Rückversicherung wenn der Hauptversicherer in Konkurs verfällt. Kann der Konkursverwalter die ganze rückversicherte Summe verlangen, oder nur soviel, als er dem Gläubiger davon zahlen muß? (Ehrenberg, Rückversicherung S. 120 fg.) Das Reichsgericht, Bd. V, Nr. 31, S. 119 und 121, hat diese Frage offen gelassen, da im gegebenen Fall der Anspruch gegen den Rückversicherer an den Hauptversicherten cedirt war und von diesem geltend gemacht wurde. Das Reichsgericht nimmt dabei mit Recht an, daß ein Befreiungsanspruch in der Hand des Gläubigers der aufzuhebenden Forderung sich in einen Zahlungsanspruch verwandelt, vgl. oben S. 116, Note 73.

auch nicht gemehrt oder sonst verändert. Und um eine solche Veränderung würde es sich hier handeln, wenn der Konkursverwalter Zahlung der Schuldsumme verlangen dürfte, während der Gemeinschuldner selbst Befreiung von einer Schuld zu beanspruchen hatte. Ebenso ist es gewiß richtig, daß der Regreßanspruch des Gemeinschuldners und damit der Masse im selben Moment wie die Forderung des Dritten entstanden ist, aber doch nur als Liberations- nicht als Erstattungsregreß, und daß diese Verwandlung in Folge der Konkurseröffnung eintritt, läßt sich eben m. E. nicht beweisen.

Im selben Sinne wie Ofner[93]) entscheidet für den Konkurs des Kommissionärs ein Urtheil des Oberhofgerichts Mannheim vom 16. Mai 1861 (in Seuffert's Archiv Bd. XIV, 231): Der Konkursverwalter soll vom Kommittenten den ganzen Kaufpreis (100) verlangen dürfen, obwohl er an den Verkäufer nur die Dividende (50) zu zahlen hat. Der Kommittent dürfe aus dem zufälligen Umstande des Fallissements des Kommissionärs keinen Gewinn ziehen. Diese Argumentation beruht, wie schon der Herausgeber des Archivs bemerkt, auf der irrthümlichen Annahme, daß die a. mand. contr. ein Anspuch auf Zahlung ist, während doch vor erfolgter Erogation ein Befreiungsanspruch vorliegt, durch welchen der Kommittent angehalten werden kann, die vollen 100, wenn auch nicht in die Konkursmasse, so doch an den Verkäufer zu zahlen. Es kann also der Konkursverwalter sehr wohl verhindern, daß der Kommittent einen zufälligen Gewinn macht, nicht aber m. E., daß der Verkäufer voll befriedigt wird. Auch noch aus einem anderen Grunde kann, wenn die Kunkursmasse nur die bezahlte Dividende vom Kommittenten einfordert, von einem Gewinn dieses letzteren nicht die Rede sein: der Gemeinschuldner bleibt ja dem Verkäufer für den unbezahlten Theil seiner Forderung (50) haftbar und kann, wenn er diesen Betrag später zahlt, gegen den Kommittenten Regreß nehmen[94]).

[93]) Weitere Aeußerungen zu dieser Frage habe ich in Literatur und Judikatur nicht gefunden.

[94]) Dieser zweite Grund fällt allerdings weg, wenn es im Konkurse des D zu einem Zwangsvergleich kommt: dann ist D total befreit, einer

So bleibt denn, wie mir scheint, dem Konkursverwalter die Wahl: er verlangt von L entweder Erstattung, aber nur der wirklich an C ausbezahlten Beträge, oder Liberation, welche als thatsächliches Privileg zu Gunsten des einen Gläubigers C wirkt. Will der Konkursverwalter resp. der Gläubigerausschuß dem C diesen Vortheil nicht gönnen, so ist vielleicht folgender Ausweg möglich: der Konkursverwalter schließt mit L einen Vergleich, nach welchem L statt die Konkursmasse von der Forderung des C zu befreien, eine Summe (die vielleicht geringer ist als der Betrag der Forderung des C) an die Konkursmasse einzahlt. Ein solches, wenn auch mit Opfern erkauftes Arrangement wird für die Gesammtheit der Gläubiger meistens doch noch vortheilhafter sein, als die Ausübung des Befreiungsanspruches. Aber ist ein solches Verfahren des Konkursverwalters zulässig?[95]) und zwar a) dem Gemeinschuldner gegenüber? Diese Frage steht in zu engem Zusammenhange mit der Auffassung von den Grundlehren des Konkurses (Stellung des Konkursverwalters), als daß ich hier auf sie eingehen könnte. b) Dem Gläubiger C gegenüber? Diese Frage ist zu bejahen, wenn C nur den Kridar zum Schuldner

---

Nachforderung nicht mehr ausgesetzt. Wenn also der liberationspflichtige L nur die auf den C entfallende Vergleichsdividende zu erstatten hätte, so könnte es scheinen, als sei er um den Ueberrest definitiv bereichert. Andrerseits würde es im Widerspruch zu der Natur des Regresses und des ihm zu Grunde liegenden Rechtsverhältnisses stehen, wenn man L mehr an D erstatten ließe, als dieser wirklich ausgelegt hat. Der richtige Weg scheint mir hier der zu sein, daß der Gemeinschuldner erst durch Geltendmachung seines Liberationsanspruches den Gläubiger C eliminirt und dann mit den übrigen den Zwangsvergleich abschließt. Ein Verstoß gegen § 168 K.-O. dürfte darin nicht liegen.

[95]) Wenn die Verwerthung des Liberationsanspruches mit verändertem Inhalte zulässig ist, so kann dasselbe Resultat auch dadurch erreicht werden, daß der Konkursverwalter dem Gläubiger C die Cession des Liberationsanspruches gegen einen Entgelt anbietet, welcher dem voraussichtlichen Ausfalle im Konkurs nahekommt. C wird darauf eingehen, weil der Konkursverwalter die Forderung gegen L sonst in anderer Weise, d. h. durch Vergleich zu Gunsten der Gesammtheit der Gläubiger verwenden würde. Ein solches Abkommen scheint dem vom Reichsgericht, Bd. V, Nr. 31 entschiedenen Falle zu Grunde zu liegen.

hat, daher nur die Dividende auf seine Forderung verlangen darf, und ihn kein rechtliches Band mit dem Liberationsschuldner L verknüpft. Ein Vortheil, der ihm nur vermöge einer Reflexwirkung, per occasionem iuris, zukommt, kann ihm auch ohne seine Zustimmung entzogen werden.

§ 6. Der Liberationsanspruch als Grundlage der a. de in rem verso.

Wir haben gesehen, daß der Regreß aus Intercession, solange dieselbe noch nicht in erogatio übergegangen ist, in Gestalt einer Liberationsforderung auftritt. Betrachten wir nun den Normalfall der a. de in r. v. (fr. 3 § 2 h. t.): der Sklave hat etwas für den Herrn gekauft und nicht gezahlt; das ist surrogative Intercession für den Herrn; zwar ist der Sklave auch nach der Freilassung keiner actio ausgesetzt, aber es haftet an ihm eine naturalis obligatio[1]); er ist in ein Rechtsverhältniß eingetreten, welches normaler Weise durch Zahlung aus dem Pekulium d. h. auf Kosten des Sklaven beendet wird. Ist ein Hausſohn für den Vater in dieser Weise intercedirt, so kommt zu der Belastung des Pekulium noch eine persönliche Verpflichtung (civilis obligatio) hinzu.

Die Regreßfolge der Intercession ist eine naturalis obligatio domini an das Pekulium. Da diese Naturalobligation ex civili causa computatur (fr. 49 § 2 de pec. 15, 1), so muß sie die Eigenthümlichkeiten des Liberationsanspruches theilen[2]), daraus ergibt sich aber das wichtige Resultat, daß sie von der a. de pec. nicht erfaßt wird. Wir können hier an das in § 5 unter VIII. Gesagte anknüpfen. Bekanntlich hat die juristische Gestaltung der Pekuliarklage eine gewisse Verwandtschaft mit dem Konkursverfahren: in beiden Fällen soll eine Forderung aus einem unzureichenden Vermögen und nur bis zu dem Betrage desselben befriedigt werden. Aber während im Konkurse gleichmäßige Be-

[1]) Pernice, Labeo I, S. 149 fg.

[2]) Daß der Naturalregreß des vertirenden Sklaven seinem Inhalte nach sich als Liberationsanspruch darstellt, ist, soviel ich sehe, nur von Ruhstrat, Jahrb. f. Dogm., Bd. XV, S. 274 bemerkt, aber zur Erklärung der Eigenthümlichkeiten der Versionsklage nicht benutzt worden.

friedigung mehrerer Gläubiger angestrebt wird, entscheidet beim Pekulium die Prävention: es handelt sich hier immer nur um einen Gläubiger, dessen Forderung eventuell das Pekulium übersteigt; die Verwandschaft zwischen Konkursverfahren und a. de pec. beschränkt sich daher auf die Feststellung der zur Verfügung stehenden Aktivmasse. Zu dieser gehört in unserem Falle ein Regreßanspruch auf Liberation. Im Konkurse kommt ein solcher Bestandtheil der Aktivmasse bei normaler Verwendung nur dem Gläubiger (C) zu Statten, mit dessen Forderung er zusammenhängt. Und ähnlich verhält es sich beim Pekulium: klagt ein Pekuliargläubiger (X), so kann er beanspruchen, was sich im Pekulium befindet und was der Herr dem Pekulium naturaliter schuldet, dagegen nicht, was der Herr dem Versionsgläubiger C wird zahlen müssen, um das Pekulium von der in seinem, des Herrn, Interesse eingegangenen Schuld an C zu befreien; denn auch der Sklave, wenn er frei wäre, — und diese Analogie ist für die Pekuliarklage maßgebend — könnte vom Herrn nur Zahlung an seinen Gläubiger C, nicht an sich selbst oder an einen anderen Gläubiger X verlangen. Klagt dagegen C, so kann er sich einerseits an das gesammte Pekulium im obigen Umfange halten — wie etwa der Verkäufer an die Konkursmasse des Kommissionärs — andrerseits kann er die Regreßforderung des Sklaven gegen den Herrn zu seiner Befriedigung herbeiziehen; denn der Sklave kann naturaliter Befreiung von C, d. h., bei Fälligkeit seiner Schuld, Zahlung an C verlangen, und in diesem Falle ist der Pekuliargläubiger, der die Naturalforderungen des Sklaven gegen den Herrn ausübt, zugleich die Person, an welche zu leisten der Herr dem Sklaven gegenüber verpflichtet ist. Der Versionsgläubiger macht die Liberationsforderung des Sklaven zu eigenem Nutzen geltend; von einer fingirten Cession braucht deshalb nicht die Rede zu sein, wenigstens nicht in anderer Bedeutung, als bei der Geltendmachung der Naturalschulden des Herrn mittelst der a. de peculio [3]).

[3]) Vgl. § 3 S. 18. Der Liberationsregreß des freien Geschäftsführers kommt seinem Gläubiger, nach dem was wir oben S. 126 gesehen haben, auf dem Wege einer Reflexwirkung zu Gute; daß der Gläu-

So haben wir denn Naturalobligationen des Herrn gefunden, die ihrer Natur wegen eine besondere Gruppe bilden, nicht jedem Pekuliargläubiger, sondern nur dem einen zu Gebot stehen, aus dessen Forderung sie hervorgehen. Sie werden durch den Zusatz vel si quid in rem Ni Ni inde versum est resp. durch die nach Erlöschen der a. de pec. zuständige a. de in r. v. erfaßt, während die übrigen Naturalforderungen des Sklaven z. B. aus Darlehn, Miethe, Geschäftsführung in der Form der erogatio u. s. w. gleich den corpora peculiaria allgemeine Pekularaktiva sind und daher in den Umfang der a. de pec. fallen. Der Widerspruch, von dem wir ausgingen — wozu a. de in r. v., da doch aus der versio eine Naturalschuld des Herrn hervorgeht? — scheint uns hiermit gelöst zu sein. Zugleich haben wir für die Bevorzugung des Versionsgläubigers vor den übrigen Pekuliargläubigern (vgl. oben S. 2) — modern gesprochen: für das Aussonderungsrecht, welches dem Versionsgläubiger an dem seiner Forderung entsprechenden naturalen Regreßanspruch zusteht — eine Erklärung gefunden, welche auf das Wesen des zu Grunde liegenden Rechtsverhältnisses zurückgeht und, wenn nicht ausnahmslos alle, so doch die typischen Fälle, in denen uns der Begriff, der in rem versio begegnen wird, zu decken im Stande ist.

Wir sind daher nicht genöthigt, mit Mandry (II. S. 457) die a. de in r. v. auf eine besondere Aequitätserwägung zu stützen, sie beruht vielmehr nach unserer Ansicht auf dem das Pekulien-

---

biger des geschäftsführenden Sklaven im selben Fall ein Recht hat, ist in der Struktur der a. de peculio begründet. — Ein ähnlicher Rechtsgedanke, wie bei der Versionsklage, liegt m. E. der a. institutoria beim SC. Vell. zu Grunde. Die Frau hat gegen die Person D, für welche sie intercedirt ist, einen Anspruch auf Liberation (vgl. oben § 4, S. 47, Note 58) von der Forderung ihres Mitkontrahenten C. Die Frau soll dem C nicht selbst haften, wie der Sklave seinem Gläubiger nicht haften kann. Dafür erhielt in beiden Fällen C das Recht, selbst, über den Kopf der Frau resp. des Sklaven hinweg — subducta muliere fr. 29 pr. ad SC. Vell. 16, 1 — von D das zu fordern, was D der Frau resp. dem Sklaven schuldet oder, richtiger gesagt, schulden würde, falls Frau und Sklave wirksam obligirt wären, das ist: Befreiung von der Schuld, oder, da C selbst der Gläubiger dieser Schuld ist, Zahlung der Schuldsumme.

recht durchdringenden Gedanken, daß der Herr dem Gläubiger civiliter zu der Leistung verpflichtet ist, die er seinem Sklaven naturaliter schuldet. Wenn man zur Rechtfertigung der Bevorzugung des Versionsgläubigers noch eine Billigkeitserwägung beiziehen will, so kann man eine solche in folgendem Gedankengange finden: der Pekuliargläubiger hält sich an sämmtliche Pekuliaraktiva, corpora und debita des Herrn, ohne Rücksicht auf ihre Herkunft, wie der Konkursgläubiger unterschiedlos an alle Vermögensstücke des Gemeinschuldners. Auf das, was der Pekuliargläubiger durch seine Leistung (z. B. als Verkäufer) dem Pekulium zugeführt hat, steht ihm ein Vorrecht nicht zu, denn die betreffende Sache ist, schon ehe er seine Forderung geltend macht und ohne Rücksicht darauf, ob er dies thut oder nicht, definitiv dem Pekulium als Aktivum erworben[4]); dasselbe gilt im Konkurse. Der Versionsgläubiger dagegen hat ein Vorrecht auf ein Aktivum, welches genau seiner eigenen Forderung entspricht, diese zu decken seiner Struktur nach bestimmt ist, und mit Wegfall seiner Forderung (z. B. durch Verzicht) erlöschen würde. Der Versionsgläubiger nimmt daher a n sich, nicht was er durch das von ihm abgeschlossene Rechtsgeschäft in das Pekulium gebracht — denn dies Argument könnte mancher andere Pekuliargläubiger mit demselben Rechte vorbringen, die Durchführung dieses Prinzips würde aber die Auflösung des Pekuliums (wie der Konkursmasse) aus einem Vermögen in eine Summe einzelner Rechte bedeuten — sondern er nimmt an sich, was er jetzt, durch Geltendmachung seines Anspruchs, dem Pekulium verschafft[5]), oder wenigstens in dieser Form verschafft: die Naturalforderung auf Liberation.

---

[4]) fr. 5 § 17 de trib. a. 14, 4: plane si in eadem taberna merces deferebantur, licet hae quae exstent ex unius creditoris pecunia sint comparatae, dicendum est omnes in tributum venire, nisi fuerint creditori pigneratae.

[5]) Ein anderer Fall, in welchem das Pekulium für den klagenden Gläubiger größer ist als für die übrigen, weil er eben durch seine Klage dem Pekulium einen neuen Werth zuführt, findet sich in fr. 57 § 1 de aed. ed. 21, 1: quod si servus vel filius vendiderit, redhibitoria in peculium competit. in peculio autem et causa redhibitionis continebitur: nec nos moveat, quod antequam reddatur servus non est in peculio (non enim

Daß in den Quellen hin und wieder ausgesprochen ist, die a. de in r. v. bezwecke eine Bereicherung des Herrn aufzuheben [6]), ist m. E. nicht geeignet, die „Regreßtheorie" in der Gestalt, die ich für richtig halte, zu widerlegen. Denn einerseits erweist sich eine auf diese Aussprüche gegründete „Bereicherungstheorie", wie wie wir im Lauf der Untersuchung sehen werden, als ungenügend zur Erklärung der charakteristischen Eigenschaften der Versionsklage, andrerseits lassen sich die Hinweise auf das lucrum domini sehr wohl mit der Regreßtheorie vereinigen; denn in gewissem Sinne würde der Herr allerdings auf Kosten des Gläubigers bereichert sein, wenn ihm nicht durch die Versionsklage die Möglichkeit geboten wäre, den Naturalregreß des Sklaven zu seiner Befriedigung zu verwenden. Wo aber der Sklave keinen Liberationsanspruch gegen den Herrn hat, da gibt es, wie ich zu beweisen hoffe, keine Versionsklage, wenn auch eine Bereicherung des Herrn nach allgemeinen Grundsätzen anzuerkennen wäre.

Ebensowenig wie die von Bereicherung sprechenden Stellen, lassen sich andere gelegentliche Aussprüche der Quellen zu einer Konstruktion der Versionsklage verwenden, in denen die Versionsklage scheinbar auf eine Absicht des Gläubigers [7]) oder gar, wie in fr. 1 pr. h. t. [8]), auf eine Willenseinigung zwischen Gläubiger und Herrn gestützt wird.

Man darf gegenüber solchen scheinbar ein tieferes Prinzip andeutenden Stellen nicht vergessen, wie wenig achtsam oft die römischen Juristen bei der Begründung ihrer Entscheidungen in

---

potest esse in peculio servus qui adhuc emptoris est), sed causa ipsius redhibitionis in peculio computatur: igitur si servus decem milibus emptus quinque milibus sit, haec quoque in peculio esse dicemus.

[6]) fr. 10 § 7 h. t. . . . nam, ut Pomponius scribit, adversus lucrum domini videtur subventum. Vgl. unt. § 18.

[7]) fr. 3 § 10 in f. h. t.: quoniam ambo in rem domini vertere voluerunt, vgl. unten § 9, Note 4.

[8]) quasi cum ipsis potius contractum videatur. Vgl. dazu Stephanus Schol. 8 ad Basil. XVIII, 7 (Suppl. p. 240): quamvis enim initio tituli dicat, de in rem verso dominum patremve conveniri, quia cum ipsis principaliter contractum esse videatur, tamen haec fictio veritatem non tollit nec perimit.

der Wahl der Argumente verfahren ſind. Mit viel mehr Anſpruch auf Richtigkeit als die gelegentlichen Aeußerungen, die auf Bereicherung oder Willen des Gläubigers hindeuten, tritt uns die von Ulpian in fr. 3 § 2 h. t. formulirte Regel entgegen, und dieſer Anſpruch iſt, wie ich erweiſen zu können glaube, nicht unberechtigt.

§ 7. Verhältniß des in rem versum zum Pekulium.

1. Der Liberationsanſpruch des Sklaven gegen den Herrn iſt zwar ein Beſtandtheil des Pekulium, aber er kann dem gewöhnlichen Pekuliargläubiger nicht zu gute kommen und wird daher bei der Abſchätzung das Pekulium in der a. de pec. nicht in Betracht gezogen. So erklärt es ſich, daß der Naturalanſpruch, den der Sklave durch die Verſion erwirbt, einerſeits als debitum peculiare des Herrn bezeichnet wird (fr. 7 § 1 h. t.)[1]), während andrerſeits Ulpian (in fr. 1 § 1 h. t.) die Verſionsklage in dem Falle für ſtatthaft hält: si hi qui in potestate aliena sunt nihil in peculio habent. Aber dieſe Sonderſtellung des

[1]) In fr. 17 § 1 h. t. wird das aus der Verſion entſtehende Naturalguthaben von Afrikan in vorſichtiger Weiſe als „ea res“ bezeichnet. Aus dem Inhalte dieſer Stelle geht m. E. mit Evidenz hervor, daß die Verſionsklage einen Naturalanſpruch des Sklaven vorausſetzt: wenn der vicarius Stichus in das Pekulium ſeines ordinarius Pamphilus vertirt, ſo ſoll die Verſionsklage nur ſo lange möglich ſein, als das Pekulium Pamphili exiſtirt, quando non aliter ea res in peculio eius (sc. Stichi) esse potest, quam si Pamphili peculium maneat. Die „ea res“ kann m. E. nichts anderes ſein, als die Naturalforderung des vicarius gegen den ordinarius, welche mit dem Untergang des Pekulium des Letzteren erlöſchen muß. Hätte dagegen der vicarius in das Vermögen des Herrn vertirt, ſo wäre die Verſionsklage, wie ſich aus der Stelle ergibt, vom Tode des ord. unabhängig, und zwar deshalb, weil ihr ein Naturalanſpruch des vic. gegen den Herrn zu Grunde liegt. Die Stelle wird von Löwenfeld S. 16 fg. in ſehr ausführlicher, aber auch ſehr verworrener Weiſe und, wie mir ſcheint, nicht ohne Irrthümer erklärt. — Eine andere Stelle, in welcher als Fundament der Verſionsklage ausdrücklich ein Naturalanſpruch bezeichnet wird, iſt fr. 12 de inst. a. 14, 3: pretiumque in rem tuam versum videri poterit eo, quod debitor servi tui factus esses. Vgl. über dieſe Stelle unten § 18, I.

Regreßanspruchs des vertirenden Sklaven besteht nur so lange, als der Regreß auf Befreiung geht: bezahlt der Sklave den Gläubiger, so verwandelt sich sein Regreß in einen Erstattungsanspruch (obl. dandi) und damit in einen normalen, sämmtlichen Pekuliargläubigern zur Verfügung stehenden Bestandtheil seines Sondergutes.

2. Die a. de in r. v. beruht auf dem Liberationsregreß des Sklaven. Aus der Versionshandlung des Sklaven ist daher der Herr doppelt verpflichtet: dem Pekulium naturaliter zur Befreiung, dem Versionsgläubiger C civiliter zur Leistung an ihn, C. Daß diese Doppelverpflichtung des Herrn keine doppelte Belastung bedeutet, ergibt sich aus dem Inhalte beider Verpflichtungen: denn auch dem Pekulium gegenüber ist ja der Herr zu nichts anderem verbunden, als zur Befreiung, und diese erfolgt normaler Weise durch Zahlung an den Gläubiger C. Aber der Liberationspflichtige darf, wie wir oben S. 98 gesehen haben, seiner Pflicht unter Umständen durch Leistung an den liberationsberechtigten Schuldner (D), in unserem Fall: an das Pekulium, genügen. Leistet der Herr an den Sklaven, durch Zahlung resp. Kompensation mit einer Naturalschuld des Sklaven, so erlischt der Regreß des Sklaven und damit auch die Versionsklage: der Versionsgläubiger ist auf die a. de pec. angewiesen. In dieser Beziehung ist daher die a. de in r. v. auch für ihr Fortbestehen von der Existenz des Naturalanspruchs des Sklaven abhängig. Damit steht nicht im Widerspruch, daß die einmal entstandene Versionsklage vom Wegfall des Naturalanspruches nicht berührt wird, wenn dieser Wegfall aus anderen Ursachen, als Leistung an das Pekulium, erfolgt, z. B. durch schenkungsweisen Erlaß der Naturalschuld an den Herrn oder durch Untergang des Pekulium.

Versionsklage und Naturalregreß des Sklaven verhalten sich zu einander, wie zwei aktive Solidarobligationen. Vgl. das Nähere darüber unt. § 16.

3. Wie der dominus in Folge der Version doppelt verpflichtet ist, so kann andrerseits der Versionsgläubiger seinen Anspruch unter zwei Gesichtspunkten geltend machen: er ist Pekuliargläubiger (wir setzen dabei den unbestrittenen Fall voraus, daß der Sklave beim Abschluß des Rechtsgeschäftes ein Pekulium hatte).

Darum klagt er de peculio vel si quid inde in rem Ni Ni versum est, mit einer formula, quae duas habet condemnationes. Aber er ist nicht nur Pekuliargläubiger, d. h. ihm steht außer den Bestandtheilen des Pekulium, welche jedem Gläubiger haften, noch ein weiterer, der Regreßanspruch des Sklaven, zu Gebote; in Folge dessen kann es leicht vorkommen, daß der Versionsgläubiger zu seiner vollen Befriedigung gelangt, während ein Pekuliargläubiger, der den gleichen Betrag zu fordern hat, wegen Insufficienz des Pekuliums zu kurz kommen würde.

fr. 1 § 2 h. t.: item si plures agant de peculio, proficere hoc ei cuius pecunia in rem versa est debet, ut ipse uberiorem actionem habeat.

Wenn Baron (S. 11) sagt: „Diese Bevorzugung des Versionsgläubigers ist natürlich nur bei gleichzeitigen Klagen denkbar", so scheint mir diese Behauptung, selbst vom Standpunkt der Baron'schen Ansicht aus, unrichtig zu sein. Im Pekuliarrecht kommt es ja bekanntlich auf den Moment des Urtheils an[1a]), zwei gleichzeitige Urtheile aber führen zu einer eben so schwer zu lösenden, wie selten vorkommenden Kollision. Ich nehme an, daß Ulpian nicht an ein solches singuläres Vorkommniß gedacht hat, sondern nur hat sagen wollen, daß der Versionsgläubiger mehr erhält, als ein Pekuliargläubiger unter denselben Umständen bekommen hätte. Setzen wir die Forderung eines jeden zu 50 an, den Bestand des Pekulium zu 40, so wird der Pekuliargläubiger, selbst wenn er früher als der Versionsgläubiger zum Urtheil gelangt, statt des Vollbetrags seiner Forderung nur 40 erhalten — nach Baron dann, wenn der Herr den naturalen Regreßanspruch des Sklaven nicht zum Pekulium rechnen will, nach meiner Ansicht stets u. zw. deshalb, weil dieser Regreß nicht ad dandum, sondern ad liberandum verpflichtet und daher seinem Wesen nach bei der Abschätzung der Pekuliaraktiven nicht in Betracht kommt — während sich der Versionsgläubiger zunächst an die Regreßforderung des Sklaven hält und in der Regel schon durch sie, ohne

[1a]) fr. 10 de pec. 15, 1: occupare autem videtur non qui prior litem contestatus est, sed qui prior ad sententiam iudicis pervenit.

Beiziehung des übrigen Bestandes das Pekulium seine volle Befriedigung findet.

Eine andere Frage ist die, ob nicht, wenn der Pekuliargläubiger dem Versionsgläubiger zuvorgekommen ist und, in unserem Beispiel, 40 davongetragen hat, die a. de in r. v. durch diese Thatsache afficirt wird. Von dieser Frage handelt der weitere Text unserer Stelle:

> certe si praeventum sit ab aliquo et actum de peculio, de in rem verso actio an cesset, videndum. et refert Pomponius Julianum existimare de peculio actione perimi de in rem verso actionem, quia in peculium conversum est quod in domini rem erat versum et pro servo solutum est, quemadmodum si ipsi servo a domino fuisset solutum. sed ita demum, si praestiterit ex actione de peculio dominus, quod servus in rem eius verterat; ceterum si non praestiterit, manet actio de in rem verso.

Diese Stelle wird von Baron (S. 11) seiner Theorie entsprechend dahin interpretirt, daß es vom Willen des Herrn abhängen soll, ob er bei der ersten Klage den Betrag des versum, den er dem Sklaven naturaliter schuldet, zum Pekulium rechnen will oder nicht. (Diese Bedeutung soll hier das Wort praestare haben.) Thut es der Herr, so ist die spätere Versionsklage ausgeschlossen, thut er es nicht, so besteht sie fort. Ich halte dieses Recht des Herrn, seine Naturalschulden willkürlich anzuerkennen oder aufzuheben, für nicht vorhanden.[2]) Für diese Stelle kommt noch weiter in Betracht, daß der Zwischensatz (quia in peculium conversum est etc.) bei der Interpretation Baron's, wie mir scheinen will, keine rechte Erklärung findet: „convertere in peculium" kann allerdings bedeuten: „dem Pekulium zurechnen"[3]), aber ebensogut auch: „auf das Pekulium verwenden"[4]) und bei letzterer Erklärung schließt sich in natürlicher Weise der Zusatz als Paraphrase an: (et pro servo solutum est etc.), welcher sonst ohne Zusammenhang bleiben würde. Ferner wäre es sehr

[2]) Vgl. oben § 2, S. 13 fg.

[3]) fr. 5 § 11 de trib. act. 14, 4; fr. 7 § 6 de pec. 15, 1.

[4]) = in peculium vertere.

auffallend, daß Pomponius und Julian nicht ausgesprochen haben sollen, daß der Umfang der prior condemnatio und damit der Ausschluß der a. de in r. v. vom Willen des beklagten Herrn abhängt.

Von unserem Standpunkt ergibt sich eine durchaus verschiedene und, wie mir scheint, richtigere Interpretation der Stelle: dem Pekuliargläubiger wird der Herr peculio tenus (mit Ausschluß des versum) verurtheilt. Daraus entsteht ein Guthaben des Herrn an das Pekulium (fr. 9 § 8 de pec. 15, 1 in f.) Dies Guthaben ist aber nicht nur Deduktionsposten gegenüber einer späteren a. de pec., sondern wird, wie wir aus fr. 10 § 8 h. t. 15, 3 ersehen, in erster Linie gegen einen Naturalanspruch des vertirenden Sklaven kompensirt. Dem entspricht der wörtliche Sinn der Worte: quia in peculium conversum est quod in domini rem erat versum d. h. „weil der Herr durch seine Verurtheilung und demnächstige Zahlung auf das Pekulium soviel verwendet hat, als der Sklave früher auf das patrimonium verwendet hatte". Die folgende Bemerkung Ulpians: sed ita demum si praestiterit etc. ist eine Limitirung des Julianischen Ausspruchs, deren Richtigkeit sich aus folgender Betrachtung ergibt: wenn der Herr de peculio verurtheilt ist, so ist er zwar mit der a. iudicati auf die summa condemnationis belastet, aber es ist durchaus noch nicht sicher, ob diese Belastung zu einer effektiven Verminderung des patrimonium führen wird. Denn es ist möglich:

a) daß der Sklave die Urtheilssumme aus seinem Pekulium zahlt[5]);

b) daß der Herr selbst zahlt, aber die dazu nöthigen Werthe aus dem Pekulium nimmt oder sich sofort nach der Zahlung durch ademptio aus dem Pekulium befriedigt[6]).

In diesen beiden Fällen hat der Herr trotz der condemnatio de peculio keinen Deduktionsposten, den er gegen das versum kompensiren könnte. Ein solcher steht ihm daher nur dann zu:

---

[5]) fr. 50 § 2 de pec. 15, 1; fr. 84 de solut. 46, 3.

[6]) fr. 11 § 5 in f. de pec. 15, 1.

c) wenn er die Urtheilssumme aus eigenem Vermögen bezahlt hat (si praestitit)[7]). Dann darf er natürlich, das, was er auf den Naturalanspruch des Sklaven angerechnet hat, nicht nochmals durch deductio vom übrigen Bestand des Pekulium abziehen, der Versionsgläubiger findet vielmehr, wenn er wegen Aufhebung des versum mit der a. de pec. zu klagen genöthigt ist, das Pekulium in demselben Umfang vor, wie der vor ihm aufgetretene Pekuliargläubiger. Trotzdem kann für den Versionsgläubiger darin, daß er auf die Pekuliarklage angewiesen ist, ein Nachtheil liegen: das Pekulium kann sich in der Zeit zwischen Klaganstellung und Urtheil durch Untergang oder Entwerthung einzelner Gegenstände vermindert haben, oder es kann ein dritter Pekuliargläubiger in dieser Zwischenzeit dem Versionsgläubiger mit einem Urtheil zuvorgekommen sein. Für die a. de in r. v. wäre der erste Umstand jedenfalls, der zweite vielleicht unschädlich gewesen, die a. de pec. dagegen wird von beiden Thatsachen afficirt. Darin lag das praktische Interesse der in fr. 1 § 2 h. t. untersuchten Frage.

Ob der verurtheilte dominus zum Zweck der Bezahlung des siegreichen Klägers den Weg zu a) und b) oder zu c) einschlägt, wird sich in der Regel in kürzester Frist entscheiden. Es ist mir daher wahrscheinlich, daß Ulpian in seiner Bemerkung nicht den Zeitraum der Ungewißheit im Auge hat, sondern die Zeit nach Befriedigung des Pekuliargläubigers, zu der er feststeht, ob der Herr praestitit oder non praestitit.

Wie es zu halten war, wenn das Urtheil in der Versionsklage gefällt werden mußte, ehe der dominus an den ersten Pekuliarkläger das iudicatum gezahlt hat, diese Frage wird von Ulpian — vielleicht weil sie in praxi nur selten vorkommen konnte — nicht beantwortet. Strenggenommen hat der Herr, der für den Sklaven noch nichts gezahlt, sondern sich nur in Vertretung des Pekulium mit einer obligatio iudicati belastet hat, noch keine zur Kompensation gegen den Versionsanspruch des

---

[7]) Auch Stephanus, Schol. 8 ad Basil. XVIII, 7 (Suppl. p. 239) versteht das praestare von einer Zahlung des Herrn an den Kläger.

Sklaven geeignete Forderung. Das ergibt sich, wenn man bedenkt, daß die Naturalobligationen zwischen Herrn und Sklaven ex civili causa computantur: wäre nämlich der Herr für eine persona sui iuris intercedirt, so hätte er, vor der Zahlung, gegen sie einen Liberations- und keinen Erstattungsanspruch. Von einem Liberationsanspruch des Herrn gegen seinen Sklaven kann nun freilich keine Rede sein, aus dem einfachen Grunde, weil der Herr in der Lage ist, die zur Bezahlung des Gläubigers nöthigen Werthe selbst aus dem Pekulium zu entnehmen; daß aber der Herr wegen bloßer Obligirung auf Rechnung des Sklaven keinen deduktionsfähigen Naturalanspruch auf Erstattung der Schuldsumme hat, ist uns in fr. 9 § 8 de pec. 15, 1 direkt überliefert:

> item deducetur de peculio, si quid dominus servi nomine obligatus est aut praestitit obligatus: ita si quid ei creditum est iussu domini. nam hoc deducendum Julianus libro duodecimo digestorum scribit . . . . sed et si pro servo fideiusserit, deducendum Julianus libro duodecimo digestorum scribit. Marcellus autem in utroque, si nondum quicquam domino absit, melius esse ait praestare creditori, ut caveat ille refusurum se, si quid praestiterit dominus hoc nomine conventus, quam ab initio deduci, ut medii temporis interusurium magis creditor consequatur.

In dieser Stelle findet sich die Analogie der „civilis causa" in schönster Weise durchgeführt: Der Bürge hat vor der Zahlung bei Insolvenz des Hauptschuldners nur eine Klage auf Liberation resp. Deckung[8]); demgemäß hat der Herr, der sich für seinen Sklaven verbürgt, bei insolventem Pekulium keine deductio, sondern blos das Recht seinen naturalen Regreßanspruch durch cautio zu sichern. Marcellus verweigert dem Herrn die Deduktion, um ihn nicht das Interusurium lukriren zu lassen; ein weiterer Grund der Unzulässigkeit der Deduktion liegt m. Er. in der Ungewißheit, ob es aus der Bürgschaft zur Zahlung kommen wird. Beide Gründe sind erheblich abgeschwächt, wenn der Herr, statt mit einer Bürgschaftsschuld, mit einer condemnatio de peculio

[8]) Vgl. oben § 4. S. 62.

belastet ist; denn es ist so gut wie sicher, daß die Urtheilssumme in kürzester Frist auf Kosten des Pekulium bezahlt werden wird. Darum fährt Ulpian in fr. 9 § 8 cit. fort:

> sed si de peculio conventus dominus condemnatus est, debebit de sequenti actione de peculio deduci: coepit enim dominus vel pater iudicati teneri: nam et si quid servi nomine non condemnatus praestitisset creditori, etiam hoc deduceret.

Es kann also die Urtheilssumme, obwohl sie noch nicht bezahlt ist, gegenüber einer späteren a. de pec. deducirt werden. Dies Verfahren war nothwendig, wenn man, ohne zu dem umständlichen Mittel der cautio zu greifen, vermeiden wollte, daß der Herr in beiden Pekuliarklagen zusammen zu einer den Werth des Pekulium übersteigenden Summe verurtheilt wurde. Müssen wir nun auch annehmen, daß dieselbe noch nicht gezahlte Urtheilssumme in einer späteren a. de in r. v. auf den Betrag des versum aufgerechnet werden konnte? Ich glaube nicht; denn hier liegen die Verhältnisse wesentlich anders: wenn der zweite Kläger die a. de pec. anstellt, so beansprucht er hiermit gerade die Werthe, welche dazu bestimmt sind den ersten Gläubiger zu befriedigen; ist dagegen der zweite Gläubiger Versionskläger, so sucht er seine Befriedigung nicht aus dem Pekulium sondern zunächst aus dem versum, also aus einem Vermögenswerth, mit dem das erste Urtheil nichts zu thun hatte. Darum kann m. E. der Herr die noch nicht gezahlte Urtheilssumme nicht vom versum abziehen, sondern nur, wenn der Versionsgläubiger oder ein weiterer Pekuliargläubiger auf das Pekulium greift, von diesem deduciren. Der Ausspruch Ulpians in fr. 1 § 2 h. t.: ceterum si non praestiterit manet actio de in rem verso ist also auch für den Fall richtig, daß es noch ungewiß ist, aus welchen Mitteln der Herr die Urtheilssumme zahlen wird.

§ 8. Rechtsgeschäfte, aus welchen die Versionsklage entstehen kann.

Die Versionsklage beruht m. E. auf dem Liberationsanspruch, der aus einer Intercession des Sklaven für seinen Herrn entsteht. Um die Richtigkeit dieser Ansicht zu prüfen, muß untersucht werden, ob die einzelnen negotia servi, aus denen nach Zeugniß der Quellen

eine Verſionsklage hervorgehen kann, ſich unter den Begriff der Interceſſion bringen laſſen. Es wird uns dies, bis auf wenige Stellen, die einer hiſtoriſchen Interpretation bedürfen (vgl. unt. § 18), gelingen. Ich lege der Ueberſicht über die zu einer Verſion führenden Geſchäfte die Eintheilung in privative, kumulative und ſurrogative Interceſſion zu Grunde und werde auf die Stellen näher eingehen, bei welchen eine Schwierigkeit vorliegt oder ein Zweifel möglich iſt.

I. Privative Interceſſion.

1. Expromissio.

fr. 10 § 2 h. t.: idem tractat Papinianus et si, quod patrem dare oporteret, a filio sim stipulatus et ita convenerim filium, nam et hic de in rem verso fore actionem: nisi si donare patri filius voluit, dum se obligat.

Der Sohn übernimmt eine Schuld des Vaters und befreit ihn hiermit [1]). Daraus kann für den Sohn ein Regreßanſpruch gegen den Vater entſtehen; ob er im konkreten Falle wirklich entſteht, hängt vom Rechtsverhältniß zwiſchen Vater und Sohn ab: wenn z. B., wie Ulpian am Schluß der Stelle bemerkt, der Sohn animo donandi handelt, dann iſt der Regreß ausgeſchloſſen [1a]); ebenſo, wenn etwa der Vater den Sohn zur Schuldübernahme veranlaßt

---

[1]) Nicht erſt durch die litis contestatio, wie Mandry, S. 502, offenbar aus Verſehen, annimmt. Auf demſelben Irrthum beruht die weitläufige Erörterung von Löwenfeld S. 33 fg., welcher den Quaſikontrakt der l. c. als den Verſionsakt anſieht. M. E. iſt die l. c. des Expromittenten nie ein negotium alienum, ſondern ſtets ein höchſteigenes Geſchäft des Expromittenten, aus dem einfachen Grunde, weil er ſich auf den Prozeß einlaſſen muß, um den Folgen der Kontumaz, die ihn ſelbſt treffen würden, zu entgehen. Daher iſt die l. c. des Expromittenten keine Interceſſionshandlung und deshalb auch kein Entſtehungsgrund eines Regreßanſpruchs, ſondern nur eine Konſequenz der in der expromissio vorgenommenen Interceſſion und daher unter Umſtänden geeignet, den von der expromissio datirenden Regreßanſpruch zu modifiziren, z. B. ſeine Fälligkeit herbeizuführen, vgl. oben § 4, S. 55.

[1a]) Vgl. unten § 12.

und das zur Bezahlung der Schuld nöthige Geld in das Pekulium einzahlt, oder wenn der Sohn die Schuld des Vaters gegen eine andere Leistung desselben übernimmt. Abgesehen von solchen Fällen wird in der Regel der expromittirende Sohn regreßberechtigt sein. Man braucht sich nur die Umstände zu vergegenwärtigen, unter welchen eine expromissio filii vorkommen kann: der Vater ist abwesend, der Sohn novirt die Schuld, um den Gläubiger zu einem Zahlungsaufschub zu bewegen. Der Regreß des Sohnes ist nach allgemeinen Grundsätzen auf Liberation gerichtet und bildet das Fundament einer actio de in r. v. Hier tritt die Bevorzugung des Versionsgläubigers vor den Pekuliargläubigern besonders deutlich hervor: sie ist im eigenen Interesse des Vaters nothwendig, denn sonst würde sich der Gläubiger nie auf eine Novation einlassen, die ihm eine Forderung mit beschränktem Haftungsobjekt verschafft.

In unserer Stelle richtet der Gläubiger die Stipulationsklage gegen den Sohn und erst die Judikatsklage gegen den Vater de pec. vel de in r. v. Es können ihn dazu verschiedene Gründe veranlassen, z. B. fortdauernde Abwesenheit des Vaters oder die Absicht, ein Judikat gegen den Sohn (für den Fall der emancipatio) zu erlangen. Aber dieser Weg ist m. E. nicht der einzige: der Gläubiger hätte auch schon die Stipulationsklage gegen den Vater de peculio anstellen können und es wäre ihm auch hier m. E. die Versionsklausel zu Gute gekommen: denn wer intercessionsweise expromittirt, um den Schuldner aus einer Nothlage zu befreien, ist in der Regel diesem gegenüber nicht verpflichtet, die Schuld zu bezahlen, sondern kann spätestens bei Fälligkeit der Schuld Befreiung verlangen[2]). Die Stipulationsklage muß gegen den Herrn (de pec. et in r. v.) gerichtet werden, wenn ein Sklave für den Herrn expromittirt hat, was nach fr. 30 § 1 de pact. 2, 14 für zulässig zu erachten ist.

2. defensio ist nur durch den Sohn möglich, weil der Sklave keine Prozeßfähigkeit hat. Zwei Quellenstellen kommen in Betracht:

---

[2]) Vgl. oben § 4, S. 59.

a) Der Sohn übernimmt eine Klage, die den Vater allein angeht.

fr. 10 § 1 h. t.: cui simile est, quod Papinianus libro nono quaestionum scribit, si filius quasi defensor patris iudicium susceperit et sit condemnatus, de in rem verso teneri patrem: namque filius eum iudicio suscepto liberavit.

Die Stelle hat für unſere Anſicht keine Schwierigkeit: der Sohn erwirbt durch die l. cont., welche hier der Interceſſionsakt iſt, einen Regreßanſpruch gegen den Vater, welcher aber erſt mit der Verurtheilung fällig wird; denn der defensor hat dem Schuldner gegenüber die Verpflichtung, den Prozeß zu Ende zu führen[3]). Dagegen braucht er die Urtheilsſumme nicht aus eigenen Mitteln zu bezahlen, ſondern kann Befreiung von derſelben verlangen. Darauf beruht die von Papinian ſtatuirte a. iudicati de in r. v. Hätte der Sohn die summa condemnationis aus ſeinem Pekulium gezahlt, ſo wäre zu ſeinen Gunſten ein Guthaben gegen den Vater entſtanden, welches aber, als auf Erſtattung gerichtet, ein gewöhnlicher Pekuliarbeſtandtheil wäre.

b) Der Sohn übernimmt als defensor eine a. de peculio:

fr. 10 § 3 h. t.: quare potest dici et si de peculio actionem quasi defensor patris susceperit, teneri patrem de in rem verso usque ad peculii quantitatem: cuius sententiae id erit emolumentum, ut si finita sit actio de peculio, de in rem verso conveniatur. ego et ante condemnationem post iudicium patris nomine acceptum de in rem verso patrem teneri puto. (Ulpianus.)

Dieſe Stelle wäre ohne jede Schwierigkeiten, wenn man annehmen dürfte, daß es ſich um das Pekulium nicht des filius familias defensor, ſondern einer anderen gewaltunterworfenen Perſon handelt. Wir hätten es mit einer ſelbſtverſtändlichen Anwendung des in fr. 10 § 1 cit. ausgeſprochenen Satzes zu thun. Indeſſen zwingt uns die vorſichtige Ausdrucksweiſe Ulpians (potest dici), unſerer Stelle den allerdings zweifelhaften Fall zu Grunde zu legen, daß der Hausſohn eine auf ſein eigenes Peku-

[3]) Vgl. oben § 4, S. 60.

lium abzielende Klage als defensor auf sich nimmt. So verstanden enthält unsere Stelle eine Versionsklage aus einem Thatbestande, in welchem es wenigstens prima facie an einer Intercession des Sohnes zu fehlen scheint; denn der Sohn ist nur äußerlich betrachtet Intercedent, materiell dagegen defensor in rem suam. Würde er den Pekuliargläubiger befriedigen, so hätte er, weil diese Zahlung, obwohl sie auch dem Vater zu Gute kommt, doch in erster Linie negotium filii ist, keinen Erstattungsanspruch. Daraus scheint zu folgern, daß der Sohn auch dann, wenn er die ihn selbst materiell angehende Schuld durch litis contestatio übernimmt, ohne Regreß gegen den Vater bleibt. Hat doch der Hauptschuldner, wenn er den Bürgen, der Erbschaftskäufer, wenn er den Erben vertheidigt und dabei verurtheilt wird, nichts zu fordern[4]). Indessen sind diese Analogieen nicht ohne Weiteres maßgebend für das Verhältniß von Vater und Sohn zur actio de peculio: wird der Bürge belangt und vernrtheilt, so hat er gegen den Hauptschuldner einen Anspruch auf Liberation; wenn daher der Hauptschuldner die Klage auf sich nimmt, so liegt darin eine anticipirte Erfüllung seiner Pflicht, die Obligation dem Bürgen abzunehmen. Etwas anders verhält es sich bei der Pekuliarklage: wird der Vater de peculio verurtheilt, so erwächst ihm daraus keinerlei Liberationsanspruch gegen den Sohn, sondern blos die Möglichkeit sich durch deductio die zur Zahlung des Judikats nöthigen Mittel aus dem Pekulium zu sichern. Wir wissen aber, daß diese Sicherung keine absolute ist: denn wenn das Pekulium post condemnationem durch zufällige Ereignisse abnimmt, so muß der Vater die Urtheilssumme doch zum Theil aus eigenem Gelde bezahlen. Wenn nun der Sohn die a. de pec. übernimmt, so hat er damit nicht, wie der Hauptschuldner gegenüber dem Bürgen, seine Pflicht erfüllt, sondern dem Vater einen freiwilligen Dienst erwiesen und u. U. einen Vortheil verschafft, d. h. eine Intercession vorgenommen. Denn nun lastet das Judikat persönlich auf dem Sohn und kann gegen den Vater nur dumtaxat de pec. eingeklagt werden; wenn bis zum Urtheil

[4]) fr. 42 § 2 de proc. 3, 3.

im Judikatsprozeß das Pekulium ſich vermindert hat, ſo fällt dieſer Nachtheil nicht auf den Vater (wie das der Fall geweſen wäre, wenn er ſelbſt den Pekuliarprozeß geführt hätte), ſondern auf den Gläubiger reſp. den Sohn, aus deſſen ſpäterem eigenen Vermögen der Gläubiger den Ausfall, den er bei der a. iudicati de pec. erleidet, eintreiben wird. Demgemäß kann der Sohn (naturaliter) verlangen, daß der Vater ihm die Judikatsſchuld abnehme gegen Deduktion der betreffenden Summe aus dem Pekulium. Auf dieſem Naturalanſpruch des Sohnes beruht die Verſionsklage des Gläubigers[5]).

Was bedeutet nun aber der Zuſatz Ulpians: ego et ante condemnationem post iudicium patris nomine acceptum de in rem verso patrem teneri puto? Welches iſt hier der Anſpruch, den der Gläubiger gegen den Vater de in r. v. richten kann? Die Pekuliarklage, welche der Sohn als defensor übernommen hat, iſt durch l. cont. konſumirt. Die a. iudicati, welche in der Entſcheidung Papinians de in r. v. gegeben wird, exiſtirt ante condemnationem noch nicht. Eine Klage gegen den Vater vor der Verurtheilung des Sohnes iſt m. E. nur möglich im Falle der translatio iudicii, welche beim Tod des Sohnes ſtattfinden muß[6]); aber das iſt keine neue Klage, ſondern die Fortführung des Pekuliarproceſſes gegen den Vater; es iſt daher nicht abzuſehen, aus welchem Grunde ſich die a. de pec. in eine a. de in r. v. verwandeln ſoll und welches emolumentum darin für den Kläger enthalten ſein könnte: ſolange das Urtheil nicht gefällt iſt, muß es dem Anſpruch an der feſten Begränzung durch den Betrag des Pekulium fehlen[6a]), ob nun der Sohn den Proceß weiter führt, oder der Vater in denſelben eintritt. Die Worte Ulpians,

---

[5]) Die cautio indicatum solvi, die doch der Sohn als defensor ſtellen müßte, wird in unſerer Stelle merkwürdiger Weiſe nicht berückſichtigt. Vielleicht wird die cautio eben durch die Verſionsklage erſetzt, vermöge welcher der Kläger genau in dieſelbe Lage kommt, wie wenn er die Pekuliarklage gegen den Vater angeſtellt hätte.

[6]) fr. 57 de iud. 5, 1.

[6a]) fr. 6 § 15 quib. ex c. 42, 4 . . . quia rei iudicatae tempus spectamus, utrum sit an non sit (aliquid in peculio).

so wie sie uns überliefert sind, halte ich für unerklärlich. Aber vielleicht sind sie es nur durch eine Kürzung des Textes geworden. Ich habe schon oben (Note 5) erwähnt, daß in unserer Stelle das Fehlen der satisdatio defensoris auffällt. Sollten nicht die Bürgen, die der Hausſohn dem Kläger zu stellen hat, diejenigen Personen sein, welchen Ulpian die a. de in r. v. zusprach? Sie konnten in die Lage kommen, ante condemnationem zahlen zu müssen, ob rem non defensam, und hatten einen Regreß gegen den Hausſohn, den sie als Versionsklage gegen den Vater richteten: denn der Sohn hatte einen Naturalanspruch auf Befreiung von seiner im Interesse des Vaters übernommenen Regreßverpflichtung gegenüber den Prozeßbürgen.

II. Kumulative Intercession.

1. Von der fideiussio handeln zwei Stellen:

a) fr. 10 § 2 de fidei. 46, 1: filius familias pro patre poterit fideiubere nec erit sine effectu haec fideiussio, primo quidem, quod sui iuris effectus poterit teneri in id quod facere potest, deiu quod et, dum in potestate manet, condemnari potest. sed an pater ex hac causa quod iussu teneatur videamus: et puto ad omnes contractus quod iussu etiam referri. sed si ignorante patre pro eo fideiusserit, cessat ista actio: tamen quasi in rem patris versum sit, potest agi cum patre.

Wäre der Bürge persona sui iuris, so hätte er in der Regel erst post condemnationem einen Anspruch auf Befreiung von der Schuld. Ist der Bürge ein Hausſohn, so muß, nach dem was oben § 4 S. 56 gesagt ist, eine vorzeitige Fälligkeit des Liberationsregresses eintreten. Denn würde man den Regreß des Sohnes aus der Bürgschaft, als streng genommen noch nicht fällig, unberücksichtigt lassen, so erhielte der Gläubiger aus dem insolventen Pekulium keine vollständige Befriedigung; durch Zahlung der Urtheilssumme aus dem Pekulium entstünde aber ein naturaler Erstattungsanspruch des filius fideiussor, auf welchen der Gläubiger für den Rest seiner Forderung sofort mit einer wiederholten Pekuliarklage greifen könnte. Dieser Umweg wird vermieden, wenn man,

wie es hier geschieht, den Bürgschaftsregreß des Sohnes schon im Moment der Anstellung der Pekuliarklage fällig werden und ihn, da er Liberation zum Inhalt hat, dem Gläubiger der verbürgten Obligation als Versum zu Gute kommen läßt.

b) fr. 10 pr. h. t. 15, 3: si pro patre filius fideiusserit et creditori solverit, in rem patris videtur versum, quia patrem liberavit.

Der Sohn hat als Bürge gezahlt, damit ist sein Regreß aus einem Liberationsanspruch zu einer Erstattungsforderung geworden, welche nach meiner Ansicht nicht als Fundament einer a. de in r. v. dienen kann. Trotzdem wird diese Klage von Ulpian in unserer Stelle gewährt. Aber wem? Der Gläubiger ist ja durch die Zahlung des Sohnes befriedigt. Es sind zwei Erklärungen möglich:

α) man kann annehmen, daß der Sohn, um den Gläubiger zu bezahlen, ein Darlehn hat aufnehmen müssen; man hätte zu ergänzen: creditori mutuatus solverit[7]). Aus dem im Interesse des Vaters eingegangenen Darlehn wäre dem Sohn ein Liberationsanspruch erwachsen, auf welchen der Darlehnsgläubiger seine a. de in r. v. gründet;

β) vielleicht sind die Worte „creditori solverit" interpolirt, an Stelle von „condemnatus sit", in Folge von c. 28 C. de fidei. 8, 41. Nimmt man dies an, so sprach Ulpian von der a. iudicati, welche gegen den Vater de in r. v. gegeben wurde. Zu dieser Auslegung paßt der Zusammenhang unserer Stelle mit den folgenden §§ 1—3 desselben Fragments, in denen ebenfalls von der a. iudicati aus der Verurtheilung des Sohnes die Rede ist. Im justinianischen Recht konnte die a. iudicati de in r. v. überflüssig erscheinen, da ja der Gläubiger, trotz Belangung und Verurtheilung des filius fideiussor, wenn dieser nicht zahlte, sich an den Hauptschuldner halten konnte[7a]).

2. Intercession durch constitutum debiti alieni findet sich in

---

[7]) Wie in fr. 10 § 10 h. t.

[7a]) Vgl. oben § 4 Note 84.

fr. 15 h. t.: si filius familias constituerit quod pater debuit, videndum est, an de in rem verso actio dari debeat. atquin non liberavit patrem: nam qui constituit, se quidem obligat, patrem vero non liberat. plane si solvat post constitutum, licet pro se videatur solvisse, hoc est ob id quod constituit, in rem tamen vertisse patris merito dicetur.

Daß die Zahlung des Sohnes eine actio de in r. v. begründen kann, erklärt sich aus dem, was ich oben zu fr. 10 pr. h. t. bemerkt habe: auch hier ist zu denken: mutuatus ab alio solvit creditori; denn hätte der Sohn aus Mitteln des Pekulium gezahlt, so wäre daraus ein Naturalanspruch auf Erstattung entstanden, der nach fr. 7 § 6 de pec. 15, 1 ein gewöhnlicher Bestandtheil des Pekulium ist. Aber wie kommt es, daß die a. pecuniae constitutae nicht de in rem verso (sondern nur de pec.) gegeben wird, während, wie wir in fr. 10 § 2 D. 46, 1 gesehen haben, aus der fideiussio des Sohnes der Vater de in r. v. haftet? Aus der Stelle selbst ergibt sich eine Erklärung nicht; denn das Argument: qui constituit se quidam obligat patrem vero non liberat gilt ebensogut auch für die fideiussio. Wenn die „Regreßtheorie" richtig ist, so muß sich der Gegensatz zwischen fr. 15 und fr. 10 § 2 cit. auf das Rechtsverhältniß zwischen Hauptschuldner und Bürgen zurückführen lassen, und das scheint mir auf folgende Weise möglich zu sein: der Dienst, den der fideiussor dem Hauptschuldner erweist, besteht darin, daß er ihm den Kredit verschafft resp. verlängert; zur Zahlung ist der fideiussor dem reus gegenüber nicht verpflichtet, vielmehr kann er spätestens nach seiner Verurtheilung Befreiung von der Schuld verlangen[8]). Ganz anders scheint mir das Regreßverhältniß beim constitutum zu liegen: wer auf Veranlassung des Schuldners konstituirt, verspricht nicht nur dem Gläubiger[9]), sondern auch dem Schuldner, am bestimmten Tage die Zahlung leisten zu wollen; sein Regreß ist daher durch den Inhalt der übernommenen Verpflichtung bis zum Moment der Zahlung hinausgeschoben, er kann nicht Liberation, sondern

[8]) Vgl. oben § 4, S. 61.

[9]) Bruns, Ztschr. f. Rtsgesch., Bd. I, S. 88, 98 fg.

nur Erſtattung verlangen. Iſt das richtig, ſo ergibt ſich daraus, warum der Gläubiger zwar ex fideiussione nicht aber ex constituto filii die Verſionsklage anſtellen kann.

Einen ſtrikten Quellenbeweis dafür, daß der Regreß des Konſtituenten ſich von dem des fideiussor unterſchied, vermag ich freilich nicht zu geben[10]); doch kann ich zur Unterſtützung meiner Anſicht zweierlei anführen:

α) die Behandlung des constitutum bei der deductio:

fr. 19 § 2 de pec. const. 13,5: si pater vel dominus constituerit se soluturum quod fuit in peculio, non minueretur peculium eo, quod ex ea causa obstrictus esse coeperit.

Nicht ſchon das constitutum begründet für den Vater einen naturalen Regreßanſpruch, ſondern erſt die Bezahlung der Schuld des Gewaltunterworfenen. Im Gegenſatz dazu iſt in fr. 9 § 8 de pec. 15, 1 entſchieden, daß der Herr qui pro servo fideiussit zwar noch nicht deduciren, wohl aber ſich durch cautio des Gläubigers aus dem Pekulium ſichern dürfe.

β) Ein indirektes Zeugniß für den Regreß des Konſtituenten kann man aus dem Edictum Justiniani IX. pr. entnehmen: die argentarii beſchweren ſich beim Kaiſer darüber, daß wenn ſie eine fremde Schuld zu zahlen übernommen haben und nach Eintritt des Zahlungstermines Regreß gegen den Mandanten nehmen

[10]) Keine Widerlegung, ſondern vielmehr eine Beſtätigung meiner Anſicht finde ich in fr. 45 § 4 mand. 17, 1: wer einen Zahlungsauftrag übernimmt, kann ſtrenggenommen, nur nachdem er gezahlt hat, Regreß nehmen. Hat er, ſtatt zu zahlen, expromittirt, ſo wird ihm, wenn er verurtheilt iſt, ein vorzeitiger Regreß (sc. auf Befreiung vom Judikat) nur humanitatis causa gewährt, und zwar wird Paulus dabei gewiß von der naheliegenden Erwägung geleitet, daß die expromissio nur formell eine Nichterfüllung des Auftrags iſt, materiell aber den vom Mandanten beabſichtigten Effekt (Tilgung ſeiner Schuld) ebenſogut erzielt hat, wie Zahlung. Da nun aber das constitutum den Hauptſchuldner nicht befreit, ſo fällt bei demſelben die eben ausgeführte Erwägung fort, und es fehlt an jedem Grunde, dem Konſtituenten, welcher dem Schuldner verſprochen hatte, für ihn zu zahlen, einen vorzeitigen Regreß zu geſtatten. Denn auch der Gläubiger erleidet keinen Verluſt, wenn er in Folge des fehlenden Regreſſes im Vermögen des Konſtituenten keine Befriedigung findet: er kann ſich ja an den Hauptſchuldner halten. Vgl. § 4, Note 84.

wollen, dieser (offenbar nach geltendem Rechte) den Beweis der geschehenen Zahlung verlangt; sie wünschen einen Regreßanspruch aus dem constitutum ohne Nachweis der Zahlung zu erhalten. In § 1 wird ihr Wunsch vom Kaiser unter gewissen Voraussetzungen erfüllt.

III. Surrogative Intercession.

Die Geschäfte des Sklaven, die unter diesen Gesichtspunkt fallen, sind sehr mannigfaltig; denn die meisten vermögensrechtlichen Verträge können dazu dienen, das Vermögen des Herrn zu vergrößern. Am häufigsten kommen zwei Geschäfte vor:

1. Darlehensaufnahme; für den Haussohn besteht bekanntlich eine Ausnahme vom Verbot des SC. Macedonianum für den Fall, daß im Darlehn eine versio in rem patris enthalten ist [11]).

2. Kauf einer Sache für den Herrn.

Daß in beiden Fällen der Sklave einen naturalen Anspruch auf Befreiung von der Kaufgelds- resp. Darlehensschuld haben kann, auf welche sich die a. venditi resp. certae creditae pecuniae de in rem verso gründet, bedarf keiner weiteren Erörterung.

3. Der Verkauf einer Sache des Herrn durch den Sklaven kann den Thatbestand einer surrogativen Intercession enthalten, wenn der Sklave die Sache im Interesse des Herrn veräußert, z. B. um den Erlös in das Vermögen des Herrn zu verwenden. Denn jeder procurator übernimmt dadurch, daß er eine Sache des dominus verkauft, dem Käufer gegenüber persönliche Verpflichtungen und hat daher die a. negot. gest. contr. auf Liberation (soweit der Geschäftsherr die Geschäftsführung als utiliter gestum gelten lassen muß). Die Verpflichtungen, von denen der Geschäftsführer befreit zu werden verlangen darf, können folgende sein:

a) Die a. emti auf Erfüllung resp. Schadenserſatz wegen Nichterfüllung: wenn der Geschäftsherr die von seinem procurator verkaufte Sache nicht hergeben will, so muß letzterer

---

[11]) Windscheid, Pandekten, § 373, Note 11.

dem Käufer das Interesse prästiren. Dieser Verpflichtung hat sich der Geschäftsführer im Interesse des Geschäftsherrn ausgesetzt und kann sie daher auf den dominus abwälzen.

b) Die Haftung für Mängel der verkauften Sache; denn der Käufer richtet die a. quanti minoris und redhibitoria gegen den procurator [12]).

c) Die Haftung für Eviktion [13]), sei es daß diese von

---

[12]) fr. 26 § 8 mand. 17, 1: faber mandatu amici sui emit servum decem et fabricam docuit, deinde vendidit eum viginti, quos mandati iudicio coactus est solvere. mox quasi homo non erat sanus, emptori damnatus est. Mela ait non praestaturum id ei mandatorem, nisi posteaquam emisset sine dolo malo eius hoc vitium habere coeperit servus. sed si iussu mandatoris eum docuerit contra fore: tunc enim et mercedem et cibaria consecuturum, nisi si ut gratis doceret rogatus sit. Ich verstehe diese Stelle folgendermaßen: der Mandatar muß als Verkäufer auf dem Wege der Redhibition den Kaufpreis zurückerstatten, obwohl er ihn bereits an den Mandanten abgeführt hat (vgl. fr. 5 § 4 de doli m. exc. 44, 4). Für die Frage, ob der Mandatar deswegen gegen den Mandanten Regreß nehmen kann, sind innerhalb der Summe (20), die er selbst hat zurückzahlen müssen, zwei Bestandtheile zu unterscheiden: a) für den Kaufpreis (10), den der Mandatar selbst für den Sklaven gezahlt hat, braucht er keinen Regreß, wenn der Sklave schon zur Zeit des Ankaufs krank war; denn er kann sich in diesem Falle an den Verkäufer halten. Ist der Sklave dagegen erst beim Mandatar erkrankt, so kann dieser den Nachtheil, der ihn durch die Redhibition trifft, auf den Mandanten abwälzen. b) Für den Mehrwerth (10), den der Sklave durch seine Ausbildung erhalten hat, muß der Mandant aufkommen, wenn die Ausbildung mit seiner Zustimmung vorgenommen wurde. Ist dagegen die Ausbildung des Sklaven ohne Auftrag des Mandanten geschehen, so verweigert Mela dem Mandatar sowohl den Ersatz der Impensen als den Regreß für den Mehrwerth, den er bei der Redhibition dem Käufer zurückerstatten mußte. Ob diese Entscheidung mit dem in fr. 5 § 5 de n. g. 3, 5 ausgesprochenen Rechtssatze, daß selbst der improbus negot. gestor. seine Auslagen bis zum Betrag der Bereicherung des Geschäftsherrn ersetzt bekommt, zu vereinigen ist, muß ich hier dahin gestellt sein lassen.

[13]) Daß der verkaufende procurator persönlich für Eriktion haftet, ist ausgesprochen in fr. 67 de proc. 3, 3: procurator, qui pro evictione praediorum quae vendidit fidem suam adstrinxit, etsi negotia gerere desierit, obligationis tamen onere praetoris auxilio non levabitur: nam procurator, qui pro domino vinculum obligationis suscepit, onus eius frustra recusat. Ruhstrat, Negotiorum Gestio des dritten Kontrahenten

einem Dritten ausgeht, oder vom dominus negotii, der den Verkauf seiner Sache durch den Geschäftsführer nicht genehmigt [14]).

Aus dieser Rechtslage ist das schwierige fr. 7 § 4 h. t. zu erklären:

> 1) idem (sc. Labeo) ait et si hereditatem a servo tuo emero quae ad te pertinebat et creditoribus pecuniam solvero, deinde hanc hereditatem abstuleris mihi, ex empto actione me id ipsum consecuturum: videri enim in rem tuam versum. 2) nam et si hereditatem a servo emero, ut quod mihi ab ipso servo debebatur compensarem, licet nihil solvi, tamen consequi me ex empto quod ad dominum pervenit. ego (sc. Ulpianus) autem non puto de in rem verso esse actionem emptori, nisi hoc animo gesserit servus, ut in rem domini verteret.

Die beiden Thatbestände, die Labeo in dieser Stelle bespricht, stimmen darin überein, daß in beiden der Sklave eine Erbschaft verkauft. Im ersten Fall handelt es sich zweifellos um eine Erbschaft, welche unmittelbar dem patrimonium domini angehört. Im zweiten Falle haben wir es mit einer Meinungs-

(S.-A. aus dem Magazin für d. deutsche Recht der Gegenwart Bd. III) S. 59 bezieht diese Stelle auf eine vom procurator geleistete cautio de rato; für Eviktion hafte ja der procurator schon auf Grund des Kaufkontrakts, d. h. actione empti. Ich sehe keinen Grund, in dem fidem suam adstringere etwas anderes zu erkennen, als die stipulatio duplae, welche ja trotz der a. empti ihren Werth hat. Hellmann, Stellvertretung S. 60, nimmt Anstoß daran, daß die Fortdauer der Haftung des procurator von Papinian besonders hervorgehoben wird. Aber das erklärt sich daraus, daß der Prätor in ähnlichen Fällen den tutor von den in Vertretung des Mündels eingegangenen Obligationen befreite. — Daß der Geschäftsherr dem Geschäftsführer die Eviktionshaftung abzunehmen hat, ist m. W. nirgends ausdrücklich ausgesprochen, unterliegt aber keinem Zweifel. Vgl. fr. 8 § 1 de pign. act. 13, 7, wo der verkaufende Pfandgläubiger die Eviktionshaftung im Interesse des Schuldners übernimmt und daher auf diesen abzuwälzen das Recht hat.

[14]) Im römischen Recht konnte selbst Eviktion durch den Eigenthümer, welcher den Auftrag zur Veräußerung gegeben hatte, vorkommen cf. fr. 14 i. f. de Publ. act. 6, 2 und fr. 17 de evict. 21, 2. Heute dürfte dies unzulässig sein. Daß der evincirende Geschäftsherr dem Geschäftsführer für die diesen treffende Haftung aufkommen muß, ist in fr. 14 cit. anerkannt.

verschiedenheit zwischen Labeo und Ulpian zu thun, welche wir nicht in diesem Zusammenhange, sondern erst weiter unten in § 18 besprechen können. Was nun den ersten Fall unserer Stelle anbetrifft, so hängt die Interpretation davon ab, ob man annimmt, daß die Schlußbemerkung Ulpian's sich auf beide, oder nur auf die zweite der labeonischen Entscheidungen bezieht. Ich halte letztere Ansicht für richtig[15]), denn es scheint mir aus thatsächlichen Gründen fast unmöglich zu sein, daß ein Sklave eine seinem Herrn zugefallene Erbschaft anders verkauft, als mit der Absicht, ein Geschäft des Herrn zu führen: dem Käufer gegenüber muß der Sklave als negotiorum gestor auftreten, denn einem Erbschaftskäufer kann es nicht unbekannt bleiben, daß eine Erbschaft nicht des Sklaven, sondern des Herrn veräußert wird; dem Herrn gegenüber kann der Sklave nicht hoffen, die Erbschaft unbemerkt zu eigenem Vortheil zu verkaufen, denn eine Erbschaft läßt sich nicht, wie eine körperliche Sache, unterschlagen. Der Sklave hat also die Erbschaft als Geschäftsführer verkauft — ob blos gegen Uebernahme der Schulden oder für einen darüber hinausgehenden Kaufpreis, läßt sich nicht sagen — und die Erbschaftssachen tradirt. Der Herr verweigert die Genehmigung und entzieht dem Käufer die Erbschaft. Mit welcher Klage? Wie mir scheint, mit der rei vindicatio[16]). Der Käufer verlangt mit der a. empti de peculio Ersatz des Eviktionsschadens[17]). Soweit der Sklave durch Verkauf der Erbschaft das Interesse des Herrn

[15]) So auch Mandry, II, S. 497, Note 8.

[16]) Die hereditatis petitio utilis gegen den Erbschaftskäufer wird in fr. 13 § 4 de h. p. 5, 3 auf den Sabinianer Cassius, einen jüngeren Zeitgenossen des Prokulianers Labeo zurückgeführt, konnte also sehr wohl letzterem in dieser Anwendung noch fremd sein. Nimmt man in fr. 7 § 4 h. t. 15, 3 Eviktion durch vindicatio der einzelnen Erbschaftssachen an, so ist zugleich die sonst auffällige Thatsache erklärt, daß der Käufer seine Verwendungen auf die Erbschaft, die in Schuldentilgung besteht, nicht exceptionsweise gegen den Evincenten geltend macht. In der her. pet. wäre er dazu berechtigt, zumal er non suo nomine, sed debitoris gezahlt hat, vgl. fr. 31 p. de h. p. 5, 31.

[17]) Beiläufig gesagt, enthielt unsere Stelle einen bisher nicht benutzten Anhaltspunkt zur Bestimmung des Alters der a. emti als Garantieklage wegen Eviktion, vgl. Bechmann, Kauf, Bd. I, S. 680, Note 2.

wirklich gefördert hat — und das hat er insofern, als der Herr durch die Bezahlung der Erbschaftsschulden befreit worden ist — ist dem Pekulium ein Naturalanspruch auf Liberation erwachsen. Darauf gründet sich die Versionsklage, mit welcher der Käufer „id ipsum", d. h. die auf die Erbschaftsschulden gezahlte Summe zurückerhält. Der weitere Nachtheil, den der Erbschaftskäufer durch die Eviktion erlitten hat, z. B. lucrum cessans, wird ihm nur peculio tenus ersetzt.

4. Der Sklave kann für den Herrn intercediren, indem er einem Dritten das Mandat ertheilt, ein Geschäft des Herrn zu führen. Die Interceſſion ist eine furrogative, wenn der Dritte den animus negotii domini gerendi nicht hat, namentlich wenn er gar nicht weiß, daß es sich um ein Geschäft des Herrn handelt (z. B. der Sklave übergibt dem Dritten eine Sache als Pekuliarsache zum Verkauf). In diesem Fall ist der Mandatar mit seinem Regreß auf die a. mand. contr. angewiesen[18]: er kann diese Klage jedenfalls de peculio anstellen, de in rem verso nur insoweit, als die Ertheilung des Auftrags dem Interesse des Herrn entsprach und daraus ein Liberationsanspruch des Pekulium gegen den Herrn entstanden ist. Wenn dagegen die Aufforderung des Sklaven dazu führt, daß der Dritte als negotiorum gestor für den Herrn auftritt, so entsteht einerseits eine direkte Beziehung zwischen diesen beiden Personen, andererseits verliert die vom Sklaven ausgehende Aufforderung an Bedeutung sie erscheint entweder als rechtlich irrelevanter Vorgang, oder als Garantieversprechen, welches sich dem sog. mandatum qualificatum nähert[19], jedoch von diesem zu unterscheiden ist: denn während der Kreditauftrag den Gläubiger gegen die Insolvenz des Schuldners zu sichern bezweckt, soll der Auftrag, durch welchen sich Jemand zur Uebernahme einer Geschäftsführung bestimmen läßt, dazu dienen, die vielleicht zweifelhafte Utilität des zu unternehmenden Geschäftes zu garantiren. Es kann daher leicht vorkommen, daß

[18]) Windscheid, Pandekten, § 431, Note 5.

[19]) Darum wird in fr. 3 § 11 de neg. gest. 3, 5 der Auftrag zur Geschäftsführung zusammengestellt mit einer Verbürgung für den Geschäftsherrn. Vgl. oben § 4, Note 98.

der Dritte, dem ſowohl die a. neg. gest. als die a. mand. contr. zu Gebote ſteht, mit letzterer Klage einen höheren Betrag beanſpruchen kann, als mit der erſteren. So erklärt ſich fr. 41 de neg. gest. 3, 5 [20]):

> si servi mei rogatu negotia mea susceperis, si dumtaxat admonitus a servo meo id feceris, erit inter nos negotiorum gestorum actio; si vero quasi mandatu servi, etiam de peculio et de in rem verso agere te posse responsum est

Aus dem Worte etiam geht hervor, daß Paulus im zweiten Fall der Stelle beide Klagen, die a. directa und die Pekuliarklage gewährt. Der Nutzen der letzteren kann nur darin liegen, daß ſie dem Geſchäftsführer Erſatz derjenigen Verwendungen verſchafft, deren Utilität er in der a. neg. gest. contr dem Geſchäftsherrn nicht nachzuweiſen vermag.

5. Empfang einer dos. Wenn der Hausſohn heirathete, wurde in der Regel die Mitgift dem Vater beſtellt; denn er hatte die Koſten der Ehe zu tragen; er war daher auch zur Rückerſtattung der dos verpflichtet. Als Empfänger der dos galt der Vater auch dann, wenn der Sohn die Mitgift mit Zuſtimmung des Vaters entgegennahm [21]); der Sohn war in dieſem Falle nicht Kontrahent, ſondern Gehülfe des Vaters beim Empfange der Mitgift (wie in fr. 5 pr. quod iussu 15, 4). — Ausnahmsweiſe konnte es vorkommen, daß die Mitgift dem Hausſohn iniussu patris, d. h. ohne Wiſſen des Vaters beſtellt wurde, weil z. B. der Sohn in Abweſenheit des Vaters heirathete (cf. Vat. fr. 102). Ehe und Beſtellung der dos wurden erſt mit Zuſtimmung des Vaters gültig. So erklärt es ſich, wie Sabinus und Caſſius die Anſicht vertreten konnten, daß der Vater durch ſeine Zuſtimmung zur Ehe die perſönliche Verpflichtung zur Rückgabe der dos übernehme [22]).

[20]) Vgl. Kohler, Jahrb. f. Dogm., Bd. 25, S. 85.

[21]) Czyhlarz, Dotalrecht, S. 321, Note 4. A. M. Mandry, I, S. 291. Ich berufe mich für meine Anſicht außer auf fr. 22 § 12 sol. matr. 24, 3 (plane si filio data sit dos, si quidem iussu soceri, adhuc absolute socer tenebitur) auch noch auf Vat. fr. 102 in f.: etsi alias placeat, patrem, quo consentiente filius dotem aecepit, rei uxoriae iudicio vulgari conveniri posse.

[22]) fr. 36 de pec. 15, 1 und fr. 22 § 12 sol. matr. 24, 3. In den

Diese Lehre wurde von der späteren Jurisprudenz verworfen: die Zustimmung des Vaters bleibt zwar Erforderniß einer rechtsgültigen dos, aber zur Rückgabe ist der Vater, wenn die Mitgift an den Sohn bestellt worden ist, nur nach allgemeinen Grundsätzen verpflichtet, d. h. er haftet de peculio[23]). Dabei blieb es, wenn der Hausſohn, wie es meist der Fall gewesen zu sein scheint, die Dotalwerthe für sein Pekulium erwarb[24]). Bringt er dagegen Dotalwerthe, namentlich Geld, statt in das Pekulium in das patrimonium, so hat er damit als Geschäftsführer des Vaters dessen Vermögen dadurch vergrößert, daß er sich und das Pekulium mit der Restitutionspflicht belastete. Daraus erwächst dem Pekulium ein eventueller Liberationsanspruch, auf den sich eine a. de in r. v. stützen kann. Diese Klage ist erwähnt in fr. 22 § 12 cit. 24, 3:

> . . . sufficit autem ad id damnandum quod est in peculio vel si quid in rem patris versum est.

Vgl. fr. 20 § 2 in f. fam. herc. 10, 2.

6. Aehnlich wie mit der dos verhält es sich mit der fiducia: die persona subiecta erwirbt Eigenthum an einer Sache mit der persönlichen Verpflichtung, sie bei Eintritt einer Bedingung zu restituiren. Bringt der Sklave die Sache in das patrimonium, so ist der Herr, soweit darin ein utiliter gestum liegt, naturaliter verpflichtet, das Pekulium bei Eintritt der Bedingung von der Restitutions- resp. Schadenserſatzpflicht zu befreien. Daher die actio fiduciae de in rem verso in fr. 36 de pec. 15, 1:

Worten der letzteren Stelle: videri enim ad eum pervenisse dotem penes quem est peculium ist nicht, wie Mandry a. a. O. glaubt, eine erweiterte Annahme einer versio enthalten, sondern eine nicht unbegründete praesumptio hominis dahin, daß der Vater, welcher den Eheabschluß gutheißt, in den Besitz der im Dotalinstrument angegebenen dos gelangt ist: denn anderenfalls (wenn z. B. der Sohn vor der Genehmigung des Vaters einen Theil der Mitgift verloren hätte) würde — so argumentirte wohl Sabinus — der Vater seine Zustimmung zur Ehe versagt haben.

[23]) fr. 25 pr. sol. matr. 24, 3; fr. 53 eod.; Vat. fr. 102.

[24]) Mandry, II, S. 125 unt. nimmt an, daß die dos nur durch besondere Zuweisung des Vaters in das Pekulium kommt, da es sich dabei nicht um einen Erwerb ex peculiari causa handele (vgl. unten Note 34).

. . . namque si servo res pignori[25]) data sit, non solum de peculio et in rem verso competit actio . . .

7. Eine Verpflichtung zur Reſtitution eines vom Geſchäftsführer erworbenen Werthes kann ſich auch aus der Anfechtbarkeit dieſes Erwerbes ergeben: Der Sklave läßt ſich eine Sache in anfechtbarer Weiſe von einem Inſolventen oder Freigelaſſenen übertragen und verwendet ſie in das Patrimonium. Sein Regreß geht, ſoweit die Utilität reicht, auf Befreiung von der eventuell eintretenden Reſtitutionspflicht und bildet daher für den de peculio klagenden Anfechtungsberechtigten die Grundlage eines Verſionsanſpruches. So heißt es für die a. Pauliana in fr. 6 § 12 quae in fraud. 42, 8:

simili modo quaeritur, si servus ab eo, qui solvendo non sit, ignorante domino ipse sciens rem acceperit, an dominus teneretur. et ait Labeo hactenus eum teneri, ut restituat quod ad se pervenit aut dumtaxat de peculio damnetur, vel si quid in rem eius versum est.

Kann der Herr die Sache nicht in natura zurückgeben, ſo haftet er für ihren Werth mit dem Pekulium[26]) und mit der Summe, welche er für ihre Verwendung dem Sklaven liberationsweiſe ſchuldig geworden iſt.

Daſſelbe gilt von der actio Fabiana, fr. 1 § 22 si quid in fr. 38, 5:

. . . et mihi videtur sufficere adversus me patremque arbitrioque indicis contineri tam id quod in rem versum est condemnandi quam id quod in peculio.

vgl. fragm. de form. Fab. § 4.

---

[25]) Ueber die Interpolation dieſer Stelle vgl. Lenel. Edictum perp. S. 234.

[26]) Mandry, II, S. 235 nimmt an der Pekuliarhaftung Anſtoß, da dieſelbe bei Delikten nicht ſtatthaft war, und die a. Paul. auf dolus des Beklagten beruhe. Allein die Römer ſehen im Thatbeſtande der a. Pauliana, trotz des auf beiden Seiten erforderlichen Dolus, ein negotium, weil die Benachtheiligung der Gläubiger in den Formen des Geſchäftsverkehrs vor ſich ging. So heißt es in dem neugefundenen fragm. de form. Fab. (Lenel, Perling. Bd. II p. 1231) § 1: quia haec actio ex contractu venit et cum eo contrahitur licet ita concipiatur formula quasi ex delicto venerit liberti. cf. fr. 4 § 1 de aleat. 11, 5.

8. Hiermit sind die wichtigsten Rechtsgeschäfte aufgezählt, durch deren Abschluß der Sklave im Interesse des Herrn sein Pekulium mit einer Schuld belasten d. h. für den Herrn surrogativ intercediren kann. Andere Rechtsgeschäfte, als die genannten, können bei ihrem Abschluß nicht wohl eine Intercession für den Gewalthaber enthalten, weil sie zum Theil (wie z. B. die Uebernahme eines Auftrags einer Geschäftsführung oder einer Vormundschaft) nicht im Interesse des Herrn, sondern eines Dritten eingegangen werden, zum Theil (wie z. B. die Annahme eines depositum, commodatum oder pignus) nur eine Restitutionspflicht und keine das Pekulium belastende „Schuld", daher auch keinen Liberationsanspruch erzeugen. Jedoch kann, wie wir oben § 4 S. 66 gesehen haben, im Verlauf eines solchen Rechtsverhältnisses eine Liberationsforderung entstehen, wenn nämlich der Sklave Gegenstände, zu deren Restitution er verpflichtet ist, in den Nutzen des Herrn verwendet. Aeußerlich betrachtet hat die Geschäftsführung in solchen Fällen die Form einer Erogation, in Wirklichkeit hat jedoch der Sklave sein Pekulium nicht vermindert — denn die ihm als Kommodat, Depositum u. s. w. anvertraute Sache ist nicht Bestandtheil des Pekulium, weil sie Eigenthum des Kommodanten bleibt — sondern blos belastet und zwar erst im Momente der Verwendung: denn solange er die zu restituirende Sache unversehrt bei sich hatte, war die obligatio für ihn keine „Schuld", d. h. kein vermögenminderndes Passivum. Die Aufopferung des Geschäftsführers besteht also nicht in einem „id quod abest" sondern in einem „id quod afuturum est", sein Regreß geht demgemäß auf Liberation. So erklärt sich das vereinzelte Vorkommen einer a. de in rem verso bei folgenden Rechtsverhältnissen:

a) Negotiorum gestio[27]). fr. 13 de neg. gest. 3, 5: si filius familias negotia gessisse proponatur, aequissimum erit in patrem quoque actionem dari, sive peculium habet sive in rem patris sui vertit.

---

[27]) Paulus, Rec. Sent. I, 4 § 5 erwähnt die Versionsklausel nicht.

b) tutela[28]): fr. 21 de adm. tut. 26, 7 und c. 1 quod cum eo 4, 26.

c) precarium[29]) fr. 13 de prec. 43, 26: sed si te ignorante suo nomine vel servus vel filius rogaverit, non videris tu precario habere, sed illi erit actio de peculio vel de in rem verso.

9. Die Gründe, welche ich oben zur Erklärung der Verſionsfälle unter 8. beigezogen habe, ſcheinen auch dann vorzuliegen, wenn der Sklave die fremde Sache, welche er in das Vermögen ſeines Herrn verwendet, nicht durch ein Rechtsgeſchäft, ſondern durch ein Delikt z. B. Diebſtahl erlangt hat: Die Verwendung einer geſtohlenen Sache bedeutet für den Geſchäftsführer eine Belaſtung mit einer „Schuld", denn ſo lange er die Sache noch in natura beſaß, konnte er der condictio furtiva durch Rückgabe d. h. ohne Vermögensopfer entgehen. Man ſollte daher eine cond. furt. de in rem verso erwarten. Sie findet ſich jedoch in den Quellen nicht vor. Wir können uns nicht mit Mandry II 465 fg. dabei beruhigen, die Nichterwähnung einer Verſionsklage aus Delikten als Zufälligkeit der Kompilation zu deuten, wir wollen vielmehr verſuchen, das Fehlen dieſer Klage mit unſerer Theorie in Einklang zu bringen. Wir müſſen zu dieſem Zwecke etwas weiter ausgreifen:

Aus dem Diebſtahl des Sklaven entſteht in erſter Linie die a. furti noxalis; zur Wiedererlangung der Sache ſteht dem Eigenthümer die rei vindicatio zu Gebote. Eine Pekuliarklage aus dem Diebſtahl war durch den Wortlaut des Edikts (quod cum eo qui in alterius potestate esset, negotium[30]) gestum erit) ausgeſchloſſen. Dieſer Rechtszuſtand war unbefriedigend:

[28]) In anderen Stellen z. B. fr. 7 de tut 26, 1, fr. 52 pr. de pec. 15, 1, 49 de o. et a. 44, 7 wird nur von einer a. de pec. geſprochen.

[29]) In fr. 5 § 1 de pec. 15, 1 heißt es blos: sed et si precario res filio familias vel servo data sit, de peculio pater dominus obligantur. Bei unbeweglichen Sachen kann eine Verſion des Prekariſten nicht leicht vorkommen, iſt aber doch möglich: wenn z. B. der Sklave auf dem precario erhaltenen Grundſtück den Wald abholzt und das Holz zum Nutzen ſeines Herrn verwendet.

[30]) Vgl. oben Note 26.

Dem Bestohlenen war nicht einmal das reipersekutorische Interesse gesichert: denn die Vindikation konnte wegen Vernichtung oder Verbringung der Sache undurchführbar sein, die Noxalklage durch Tod oder Werthlosigkeit des Sklaven vereitelt werden. Als besonders unbillig mußte die Hülflosigkeit des Bestohlenen empfunden werden, wenn sich an Stelle der Sache deren Werth oder Verkaufspreis im Vermögen des Herrn des diebischen Sklaven befand. Um diesem Uebelstande abzuhelfen, bediente man sich hier (wie auch dazu, um die Erben des Diebes haftbar zu machen) der Rechtsform der condictio, die durch ihre abstrakte Fassung geeignet war, das Fehlen eines „negotium" zu verdecken. Die cond. furtiva de peculio scheint auf Labeo zurückzugehen, fr. 3 § 12 de pec. 15, 1:

> ex furtiva causa filio quidem familias condici posse constat. an vero in patrem vel in dominum de peculio danda est, quaeritur: et est verius, in quantum locupletior dominus factus esset ex furto facto, actionem de peculio dandam: idem Labeo probat, quia iniquissimum est ex furto servi dominum locupletari impune.

Die Abweichung vom Prinzip des Pekuliarrechts, die in der Gewährung einer Diebstahlsklage de peculio liegt, wird, wie aus dieser Stelle hervorgeht, mit Erwägungen der Billigkeit gerechtfertigt. Zugleich stoßen wir hier auf eine weitere Abnormität: die cond. furtiva hat als Pekuliarklage nicht denselben Inhalt, wie als a. directa; sie geht statt auf vollen Schadensersatz, blos auf die Bereicherung. Diese Beschränkung auf die Bereicherung erklärt sich m. E. leicht, wenn man bedenkt, daß das Pekulium für den rechtsgeschäftlichen Verkehr des Sklaven bestimmt ist und daß sogar gewisse Rechtsgeschäfte keine Pekuliarhaftung erzeugen, weil sie ihrem Wesen nach dem Herrn nur Verlust bringen können, so z. B. Intercession für einen Dritten[81]). Um so weniger war man geneigt, das Pekulium als Garantiefond für die Ent-

[81]) fr. 3 § 5 u. 6 de pec. 15, 1. vgl. auch fr. 54 pr. mand. 17, 1: si servus extero se mandat emendum, nullum mandatum est .... et verius et utilius videtur praetorem de huius modi contractibus servorum non cogitasse, quo se ipsi mala ratione dominis auferrent.

ſchädigung der durch Delikte des Sklaven verletzten Perſonen zu betrachten, während man andrerſeits den Herrn billiger Weiſe ſoweit haften laſſen konnte, in quantum locupletior factus erat[32]). Der Sinn dieſer Worte iſt nicht zweifelsfrei; die näherliegende Bedeutung iſt: ſoweit das Vermögen des Herrn in irgendwelcher Weiſe vermehrt iſt[33]). Die fernerliegende aber m. E. richtige

[32]) Hatte der Diebſtahl zu keiner Bereicherung des Herrn geführt, ſo war der Beſtohlene auf die Noxalklage angewieſen; als ſolche ſtand ihm jedenfalls die a. furti zu Gebote, vielleicht aber auch die condictio furtiva: fr. 4 de cond. furt. 13, 1: si servus vel filius familias furtum commiserit, condicendum est domino id quod ad eum pervenit, in residuum noxae servum dominus dedere potest. Die Stelle iſt, wie Baron S. 19, Note 8 bemerkt, jedenfalls gekürzt, vielleicht bei dieſer Gelegenheit verändert; ſo wie ſie vorliegt, ſcheint ſie zu ergeben, daß die cond. furtiva nicht blos auf die Bereicherung, ſondern darüber hinaus auf das volle Intereſſe des Klägers gegeben wurde, für dieſen Ueberſchuß allerdings mit der Befugniß zur noxae datio. So wird auch die Stelle von Windſcheid, Pandekten § 425 Note 4, verſtanden. Natürlich würde dann, nachdem die condictio furt. zur noxae datio geführt hat, die a. furti wegfallen; aber das iſt kein Nachtheil für den Beſtohlenen, da er ja auch mit der a. furti nichts mehr als den Sklaven ſelbſt hätte erlangen können. Immerhin bleibt die Noxalität bei einer Klage, welche wenigſtens nicht formell deliktiſcher Natur iſt, eine auffallende Erſcheinung; es fehlt auch für dieſe Auffaſſung des fr. 4 cit. in den Quellen an ſicheren Stützen; denn fr. 24 § 3 de minor. 4, 4 gehört dem Verfahren extra ordinem an; die noxae datio in fr. 40 § 4 de her. pet. 5, 3., fr. 16 § 6 fam. herc. 10, 2., fr. 26 § 7 mand. 17, 1., fr. 62 pr. — § 7 de furt. 47, 2 und mehreren anderen Stellen erklären ſich aus dem officium iudicis im b. f. iudicium; über das ſchwierige fr. 48 pr. de leg. I (30) vgl. Arndts, Lehre von den Vermächtniſſen, fortgeſ. von Salkowſki Bd. IV S. 192 fg. Nach all dem bleibt es möglich, daß fr. 4 de cond. furt. 13, 1 in ſeiner urſprünglichen Faſſung von der a. furti noxalis handelte.

[33]) So Mandry, II, 243: „Der Vater iſt bereichert, ob durch die betreffende Thatſache (Konſumption, Veräußerung u. ſ. f.) das Pekulium und durch daſſelbe das Patrimonium, oder nur das letztere vermehrt worden iſt.“ Aber Mandry (II, 466) muß zugeben, daß die Worte in quantum locupletior dominus factus esset nicht bewirken können, daß der Herr ſeine Bereicherung, wenn ſie den Nettowerth des Pekulium überſteigt, herausgeben muß; er ſubintelligirt daher die in den Quellen nicht erwähnte Verſionsklauſel. Auch Baron S. 20 fg. verſteht das fr. 3 § 12 cit. in dem Sinne, daß die condictio furtiva de pec. auch den direkten Zuwachs des

Bedeutung ist: soweit der Herr durch Vergrößerung des Pekulium bereichert ist. Diese Auffassung wird bestätigt durch die unzweideutigen Worte Afrikan's[34]) in fr. 30 pr. de a. e. v. 19, 1:

> servus quem de me cum peculio emisti . . . si iam traditus furtum mihi fecisset, aut omnino condictionem non haberem, aut eatenus haberem quatenus ex re furtiva auctum peculium fuisset[35]).

Wie steht es nun aber, wenn die gestohlene Sache in das patrimonium gelangt ist? Hier scheint die Versionsklausel ein Gebot der Billigkeit zu sein. Es kommen zwei Quellenstellen in Betracht:

---

patrimonium erfaßt und denkt sich dies Resultat durch die Versionsklausel vermittelt. Er sagt (Note 9): „Die Bereicherung ist mit Verwendung identisch, aber es scheint, daß in den Quellen die Redeweise in rem versum blos bei negotia nicht bei Delikten des Gewaltunterworfenen gebraucht wird." Daß in fr. 5 § 8 de neg. gest. 3, 5 nicht, wie Baron im Anschluß an Witte glaubt, der Ausdruck in quantum locupletior factus est im Sinne von versio gebraucht ist, darüber unten § 17 I.

[34]) Daß Afrikan und m. E. auch Labeo und Ulpian in fr. 3 § 12 cit. nur an eine Bereicherung des Herrn durch Vergrößerung des Pekulium dachten, ist erklärlich, wenn man die thatsächlichen Vorgänge in's Auge faßt: wenn der Sklave stiehlt, so wird er doch meistens den Gewinn aus dem Diebstahl seinem Pekulium zuwenden. Vgl. fr. 68 § 4 de furt. 47, 4: plerumque enim eius generis servorum furtis peculia eorundem augentur. Daß der Gewinn aus gestohlenen Sachen das Pekulium vergrößert, ist mehrfach anerkannt z. B. in fr. 3 § 9 de statul. 40, 7, fr. 37 § 2 de a. r. d. 41, 1 (fr. 24 de poss. 41, 2 handelt von der res furtiva selbst, welche natürlich nicht in's Pekulium fällt, weil sie ja noch dem Bestohlenen gehört). Durch diesen Satz scheint mir die von Mandry II, S. 118 fg. (vgl. ob. § 1, S. 4) aufgestellte Behauptung widerlegt zu sein, daß, abgesehen von besonderer Zuweisung durch den Herrn, nur der Erwerb des Sklaven dem Pekulium zufalle, welcher ex causa peculiari d. h. mit den Mitteln des vorhandenen Pekulium gemacht werde. Gegen diese Beschränkung Salkowski, Sklavenerwerb, S. 34 und 58.

[35]) Ebenso heißt es in fr. 4 § 1 de aleat. 11, 5: si servus vel filius familias victus fuerit, patri vel domino competit repetitio. item si servus acceperit pecuniam, dabitur in dominum de peculio actio, non noxalis, quia ex negotio gesto agitur; sed non amplius cogendus est praestare, quam id quod ex ea re in peculio sit.

fr. 30 pr. cit. 19, 1: si nummos, quos servus iste mihi subripuerat, tu ignorans furtivos esse quasi peculiares ademeris et consumpseris, condictio eo nomine mihi adversus te competet, quasi res mea ad te sine causa pervenerit.

Die Ademption begründet keine Naturalverpflichtung des Herrn an den Sklaven, daher würde eine Verſionsklage ſelbſt dann nicht entſtehen, wenn das dem Sklaven abgenommene Geld zu ſeinem Pekulium gehörte[36]). Dagegen hat der Herr durch die Konſumption der geſtohlenen Sache ſein patrimonium vermehrt und iſt deshalb einer condictio ausgeſetzt[36a]). Durch die Schlußworte: quasi res mea ad te sine causa pervenerit hat m. E. Afrikan dieſe Klage in Gegenſatz zu der im erſten Theil des Fragments erwähnten cond. de peculio geſtellt. Es ergibt ſich für uns daraus das Reſultat, daß die cond. furtiva de pec. nur die Bereicherung des peculium, nicht auch die des patrimonium erfaßt.

Auch die zweite Stelle gibt uns keine direkte Auskunft über die Möglichkeit einer versio ex delicto:

fr. 29 de contr. empt. 18, 1: quotiens servus venit, non cum peculio distrahitur: et ideo sive non sit exceptum, sive exceptum sit, ne cum peculio veneat, non cum peculio distractus videtur. unde si qua res fuerit peculiaris a servo subrepta, condici potest videlicet quasi furtiva: hoc ita, si res ad emptorem pervenit. (Ulpianus.)

Dieſe Stelle iſt verſchieden zu interpretiren, je nachdem man annimmt, daß der Käufer dem Sklaven ein Pekulium koncedirt hat, oder nicht. Im erſten Falle hätten wir es mit einer cond. furtiva de pec. zu thun, die Worte: si res ad emptorem per-

---

[36]) fr. 5 § 3 h. t. 15, 3. Trotzdem hält Grimm a. a. O. S. 194 die condictio des fr. 30 pr. cit. 19, 1 für identiſch mit der a. de in r. v., wie mir ſcheint, entſchieden zu Unrecht.

[36a]) Vgl. aus demſelben Buch des Afrikanus fr. ult. de n. g. 3, 5: si rem quam servus venditus subripuisset a me venditore, emptor vendiderit eaque in rerum natura esse desierit, de pretio negotiorum gestorum actio mihi danda sit. Auch hier handelt es ſich um Ademption einer nur ſcheinbar dem Pekulium in der That aber einem Dritten gehörenden Sache.

venerit würden bedeuten: wenn das Pekulium bereichert ist. Setzt man dagegen voraus, was mir wahrscheinlicher dünkt, daß der Sklave beim Käufer kein Pekulium hat, so kann nach meiner Theorie keine Rede von Version sein, wohl aber ist der Herr einer direkten Klage ausgesetzt. Es bliebe nur zu erklären, wie diese Klage eine cond. furtiva sein kann. Vielleicht erlaubt es der Thatbestand an mala fides des Herrn zu denken: denn wenn der Sklave, der sine peculio gekauft ist, dem Herrn eine Sache zubringt, so liegt der Verdacht nahe, daß der Herr die Herkunft der Sache kannte.

Angesichts der Thatsache, daß die Quellen eine Versionsklausel bei der cond. furt. de peculio nirgends erwähnen, halte ich es für richtig, anzunehmen, daß eine solche Klausel nicht vorkam, und zwar läßt sich diese Thatsache sehr wohl erklären: die Verwendung einer fremden Sache gibt dem Geschäftsführer nur dann einen (auf Liberation gerichteten) Regreß, wenn er durch die Verwendung sein Vermögen mit einer Schuld belastet. Dies ist aber beim Sklaven, der den Werth der gestohlenen Sache in das Patrimonium gelangen läßt, nicht der Fall: denn das Pekulium haftet, wie ich eben wahrscheinlich gemacht zu haben glaube, aus dem Diebstahl nur, soweit es daraus vergrößert worden ist; das ist aber nicht der Fall, wenn der Sklave z. B. mit dem gestohlenen Gelde eine Schuld des Herrn bezahlt hat. Es fehlt daher hier an dem m. E. als Grundlage einer versio unerläßlichen naturalen Liberationsanspruch. Der Bestohlene gelangt also auf dem Wege der adjekticischen Klage zu keiner Befriedigung; aber damit ist nicht gesagt, daß er überhaupt leer ausginge und der Werth seiner Sache dem dominus servi verbliebe. Vielmehr hat der Bestohlene eine direkte condictio gegen den Herrn, welcher eben deshalb als bereichert erscheint, weil er aus der Verwendung der res furtiva in sein Vermögen dem Pekulium nichts schuldet.

Die direkte Klage ist für den Bestohlenen vortheilhafter als die adjekticische, weil sie von der Solvenz des Pekulium unabhängig ist[87]). Vielleicht hat dieser praktische Grund mehr als die

[87]) Das übersieht Grimm a. a. O. S. 194 fg., wenn er behauptet,

theoretiſchen Erwägungen, von denen ich bisher geſprochen habe, dazu beigetragen, den Begriff der Verſion von der cond. furt. fernzuhalten. Denken wir uns nämlich das Pekulium des Diebes mit Deduktionspoſten überſchwert, ſo würde, falls aus der Verwendung der geſtohlenen Sache in das Vermögen des dominus ein Verſionsanſpruch entſtände, der Herr hier den ungedeckten Theil ſeines Guthabens zur Anrechnung bringen, mit anderen Worten: der Herr könnte den Verluſt, der ihm durch Inſolvenz des Pekulium droht, auf Koſten des extraneus vermeiden. Das haben die Römer für gerecht gehalten, ſofern der extraneus ſich mit dem Sklaven in einem rechtsgeſchäftlichen Verkehr einläßt — universum peculium spectare videtur kann man hier in dem Sinne ſagen, daß der Dritte ſtets die Beziehungen des Pekulium zum Herrn im Auge haben muß. Ganz anders verhält es ſich, wenn der Sklave durch ein Delikt in die Rechtsſphäre des Dritten eingreift. Hier darf der Herr, auch wenn er am Delikt ganz unſchuldig iſt — denn ſonſt haftet er direkt als Anſtifter — aus dem factum servi keinen zufälligen Vortheil ziehen — das verbietet ſich ſchon aus rechtspolizeilichen Gründen: wie leicht würde ſonſt der Herr eines inſolventen Sklaven in die Verſuchung kommen, Diebſtähle zu toleriren, durch welche der Sklave allmälig ſeine Schulden an den Herrn abtragen könnte.

Mit der cond. furtiva nahe verwandt iſt die a. rerum amotarum. Auch dieſe Klage wird daher de peculio gegeben und zwar nach fr. 3 § 12 de pec. 15, 1 mit derſelben Beſchränkung auf die Bereicherung, wie die cond. furtiva:

> nam et circa rerum amotarum actionem filiae familias nomine in id quod ad patrem pervenit competit actio de peculio.

Aus einer andern Stelle, fr. 3 § 4 rer. amot. 25, 2 ſcheint jedoch ſich zu ergeben, daß bei Lebzeiten des Hauskindes die peku-

---

die römiſchen Juriſten hätten die a. de in r. v. bei Delikten des Sklaven unter dem Namen einer condictio zugelaſſen. Eine Erklärung dafür, weshalb die Römer ſich geſcheut hätten, die Klage bei ihrem techniſchen Namen zu nennen, bleibt uns übrigens Grimm ſchuldig. — Ueber den Unterſchied zwiſchen condictio und a. de in r. v. vgl. unten § 17 I.

liare Haftung nicht auf die Bereicherung beschränkt war. Die Stelle lautet vollständig:

> si filia familias res amoverit, Mela Fulcinius aiunt de peculio dandam actionem, quia displicuit eam furti obligari: vel in ipsam ob res amotas dari actionem. sed si pater adiuncta filia de dote agat, non aliter ei dandam actionem, quam si filiam rerum amotarum iudicio in solidum et cum satisdatione defendat. sed mortua filia in patrem rerum amotarum actionem dari non oportere Proculus ait nisi quatenus ex ea re pater locupletior sit. (Paulus.)

Daß bei Lebzeiten der Tochter die Pekuliarklage nicht auf die Bereicherung beschränkt sein soll[38]), kann nur a contrario aus dem Schlußsatz (sed mortua filia etc.) gefolgert werden. Nun scheint mir aber dieser Schluß, der zu einer offenbaren Antinomie mit fr. 3 § 12 cit. führt, nicht zwingend zu sein: die letzten Worte des Fragments können m. E. als Gegensatz zu dem unmittelbar vorausgehenden (sed si pater etc.) aufgefaßt werden; Paulus statuirt erst die allgemeine Zulässigkeit der a. de pec., bemerkt dann, daß der Ehemann besser thut, seine Ansprüche auf dem Wege der retentio ex dote geltend zu machen, und sagt zum Schluß, daß in Ermangelung der Retention (mortua filia fällt die a. rei uxoriae fort) die Pekuliarklage dem Ehemann u. U. nicht das volle Interesse verschafft, weil sie auf die Bereichung beschränkt ist. Fraglich bleibt hier, wie bei der cond. furtiva, ob an die Bereicherung blos des Pekulium oder auch das Patri-

---

[38]) Baron, S. 24 fg., ebenso Mandry, II, S. 238, Note 14, der die unbeschränkte Haftung de pec. daraus erklärt, „daß in solchem Falle gegen das Hauskind selbst nicht geklagt werden soll", während es doch im selben fr. 3 § 4 cit. heißt: vel in ipsam ob res amotas dari actionem. Anmuthender ist die Art und Weise, wie Grimm, a. a. O. S. 198 fg. die vermeintliche Abweichung der a. rer. amot von der cond. furt. erklärt: „Die letztere Klage konnte man auf die Bereicherung beschränken, weil daneben die Noxalhaftung bestand; da nun letztere bei den res amotae nicht anerkannt wurde „quia displicuit eam furti obligari", so wollte man den Kläger durch Ausdehnung der a. de pec. dafür entschädigen; mortua filia dagegen fiel diese Erwägung fort, denn dann hätte der Kläger auch beim Vorliegen eines furtum keine Noxalklage zu Gebote gehabt,

monium zu denken ist. Zu Gunsten der ersteren Deutung kann man sich vielleicht auf fr. 5 rer. amot. 25, 2[39]) berufen:

viva quoque filia quod ad patrem ex rebus amotis pervenit utili iudicio petendum est. (Papinianus.)

In diesem, aus seinem ursprünglichen Zusammenhang gerissenen Fragment, ist das utile iudicium erklärungsbedürftig. Warum reichte die gewöhnliche mit der Pekuliarklausel ausgestattete Formel nicht aus, um dem Vater die Bereicherung zu entziehen? Darauf kann es, wie mir scheint, nur zwei Antworten geben; entweder: die Tochter hatte kein Pekulium, oder: die res amota war statt dem Pekulium dem Patrimonium zu Gute gekommen. In letzterem Falle hätte Papinian bei einem Thatbestande, welcher den Rechtsbegriff der Version nahelagte, sich mit einer a. utilis beholfen, weil er die Versionsklausel für unzulässig hielt. Zur Erklärung kann ich auf das verweisen, was oben S. 166 über das Fehlen der versio bei der cond. furtiva gesagt ist.

§ 9. Erfordernisse der actio de in rem verso.

Wir haben im vorigen Paragraphen die Rechtsgeschäfte betrachtet, aus welchen ein naturaler Liberationsanspruch des Sklaven und auf Grund desselben eine Versionsklage seines Gläubigers hervorgehen kann. Damit die Versionsklage im einzelnen Falle wirklich entstehe, muß der Sklave eines dieser negotia als Geschäftsführer (Mandatar oder negot. gestor) des Herrn abgeschlossen haben. Wir müssen nunmehr die Thatsachen in's Auge fassen, welche das Verhältniß der Geschäftsführung zwischen dem Sklaven und Herrn konstituiren. Nach allgemeinen Grundsätzen ist zum Regreß des Geschäftsführers dreierlei erforderlich:

1. animus negotia gerendi: der Sklave muß die Absicht haben, durch Eingehung seiner Verpflichtung das Interesse des Herrn und nicht etwa sein eigenes oder das eines Dritten zu fördern. Dabei kommt in Betracht, daß die Beziehung einer Handlung des G auf das Vermögen des D durch Thatsachen ver-

[39]) Eine dritte Stelle, fr. 19 de cond. furt 13, 1 ergibt nichts über den Umfang der Haftung des Vaters.

schiedener Art hergestellt sein kann: es gibt negotia, die sich durch ihren objektiven Thatbestand als fremde darstellen, wie z. B. Impensen auf eine fremde Sache oder Tilgung fremder Schulden, und solche, die „an sich neutral" sind und nur durch die Willensrichtung des Handelnden zu negotia aliena werden z. B. Aufnahme eines Darlehens, Ankauf einer Sache[1]). Bei den Geschäften der ersten Kategorie besteht der animus negotia gerendi in dem Wissen davon, daß es sich um eine fremde Sache oder eine fremde Schuld handelt[2]), bei den Geschäften der zweiten Kategorie wird dagegen die Beziehung zum Vermögen des Geschäftsherrn durch den Willen des Geschäftsführers hergestellt, durch seine Absicht, das entliehene Geld, die gekaufte Sache zum Vortheil des Geschäftsherrn zu verwenden.

Darum wird die Frage, ob Geschäftsführung vorliegt oder nicht, in den Fällen der ersten Art nach objektiven Kriterien entschieden: wenn z. B. G eine Schuld bezahlt und als Geschäftsführer gegen D regrediren will, so muß er beweisen, daß es eine Schuld des D war, und daß er dies wußte, als er zahlte. Damit ist seine Rechtsstellung als Geschäftsführer fixirt und — Schenkungsabsicht vorbehalten — sein Regreß begründet. Die Frage nach dem animus negotia gerendi erledigt sich von selbst, weil eine andere Absicht gar nicht vorkommen kann. Wäre dagegen die bezahlte Schuld eine eigene des G, so hätte er trotz einer etwaigen Absicht für den D zu handeln, doch nur sein eigenes Geschäft geführt.

Ganz anders verhält es sich bei neutralen Geschäften z. B. dem Ankauf einer Sache. Daß darin eine neg. gestio für den D liegt, beruht ausschließlich auf der Absicht des G. Objektive Momente, z. B. der Umstand daß G die Sache nicht brauchen kann, während D ihrer bedarf, sind nur als Indizien für den Beweis der Geschäftsführungsabsicht von Werth.

---

[1]) Dernburg, Pandekten, Bd. II, § 122, Note 4 und 5.

[2]) Denn sobald der Handelnde das weiß, so kann er auch nicht im Zweifel darüber sein, daß seine Aufwendung mit Rechtsnothwendigkeit einem Anderen (dem Eigenthümer der Sache, dem Schuldner der Obligation) zu Gute kommt. Fehlt ihm aber dieses Wissen, so liegt „unechte" neg. gest. vor. Vgl. oben § 4, Note 4.

Dieselbe Unterscheidung ist zu machen, wenn es sich um eine Geschäftsführung des Sklaven für den Herrn handelt. Wir haben daher zu untersuchen:

a) welche Geschäfte sind re ipsa negotia domini? (§ 10),

b) wie muß der animus negotia gerendi des Sklaven beschaffen sein, um ein indifferentes Geschäft zu einem negotium domini zu machen? (§ 11.)

2. Das zweite Erforderniß des Regresses aus Geschäftsführung ist der sog. animus obligendi oder, richtiger gesagt, die Abwesenheit eines animus donandi (§ 12).

3. Endlich müssen Umstände hinzukommen, die es rechtfertigen, daß die von G im Interesse und auf Rechnung des D vorgenommene Handlung auch wirklich von D auf seine Kosten zu übernehmen ist. Diese Umstände können sein:

a) Zustimmung des D zu der von G vorgenommenen Interessenwahrung (§ 13),

b) utilitas negotii (§ 14).

Bevor wir diese Erfordernisse der Version genauer betrachten, müssen wir ein ferneres Requisit, welches bisweilen aufgestellt worden ist[3]), ablehnen: die Kenntniß des Mitkontrahenten von der Geschäftsführungsabsicht des Sklaven. Nach meiner Auffassung vom Prinzip der Versionsklage kann es nicht darauf ankommen, ob der dritte Kontrahent weiß oder nicht weiß, daß der Sklave im Interesse seines Herrn handelt: die Versionsklage beruht m. E. auf der eigenthümlichen Natur des Regreßanspruchs, vermöge welcher er nicht geeignet ist, als normaler Pekuliarbestandtheil behandelt zu werden, und daher dem Versionsgläubiger allein zu Gute kommt. Daß aber der Sklave als Geschäftsführer vom Herrn Liberation verlangen kann, ist eine Thatsache, die ganz unabhängig von den Absichten des Gläubigers ist, eine Bevorzugung, die ihm occasione iuris zu Theil wird: denn er hat, da er fidem servi secutus est, auf keine andere Sicherheit rechnen können als die, welche ihm das Pekulium gewährt. Allerdings hat es in einigen Stellen den Anschein, als

[3]) So namentlich von Leist a. a. O. S. 64.

ob eine Verſionsabſicht des Gläubigers erforderlich ſei, ſo namentlich in fr. 3 § 10 h. t.[4]), allein mit Recht erklärt Mandry II, S. 514 fg. die Kenntniß des Gläubigers von der Geſtionsabſicht des Sklaven für ein zwar häufig vorkommendes aber durchaus nicht nothwendiges Moment im Thatbeſtand der Verſionsklage. Der Sklave hat nämlich häufig ein eigenes Intereſſe daran, den Gläubiger von ſeiner Geſchäftsführung in Kenntniß zu ſetzen. Dies Intereſſe kann ein doppeltes ſein: a) es muß dem Sklaven, wie ſchon Mandry a. a. O. bemerkt, daran liegen, mit Rückſicht auf die Möglichkeit, daß die Geſchäftsführung durch Untergang der angeſchafften Sache mißlingt, ſich den Beweis ſeines animus neg. gerendi zu ſichern; denn nur ſo kann er den Verluſt vom Pekulium auf den Herrn abwälzen[5]). b) Wenn der Sklave nicht ſchon vermöge ſeines Pekulium den nöthigen Kredit genießt, ſo kann er ihn nur dadurch erwerben, daß er den Gläubiger über den Zweck der Anſchaffung aufklärt und ihm damit die Ausſicht

[4]) si autem non fuit pretium solutum, ad hoc tamen data pecunia, ut vestis emeretur, et pecunia perierit, vestis tamen familiae divisa est, utique creditorem de in rem verso habere actionem . . . proinde et si tam pecunia quam vestis periit, dicendum erit utrique dominum teneri, quoniam ambo in rem domini vertere voluerunt. Noch deutlicher ſcheint die Verſionsabſicht des Gläubigers gefordert zu werden von Paulus, Rec. Sent. II, 9: servus vel filius familias si acceptam pecuniam in rem patris vel domini verterit, hoc modo, agrum puta colendo, domum fulciendo, mancipia vestiendo mercando, vel creditori solvendo, vel quid tale faciendo, de in rem verso in solidum vel patrem vel dominum obligat, si tamen ob hanc causam pecunia data sit. Allein die Schlußworte können ſehr wohl ein bei der Bearbeitung der sententiae hinzugekommener Zuſatz ſein, wie ja denn der weſtgothiſche Paulus überhaupt nicht unverändert geblieben iſt. In ſolcher Weiſe erklärt auch Mandry II, S. 516 dieſe Stelle. Grimm S. 95 hält dagegen die Worte für echt und ſchließt aus ihnen, daß Paulus die Verſionsabſicht des Gläubigers forderte; zum Beweiſe dafür beruft er ſich auf das aus demſelben Buche der Sentenzen ſtammende fr. 17 ad SC. Maced. 14, 6. Dabei überſieht aber Grimm, daß es hier heißt: filius familias si in id acceperit pecuniam und nicht: filio familias si in id data sit pecunia.

[5]) Beſonders deutlich tritt dieſe Abſicht des Sklaven, ſich den Beweis ſeines an. neg. gerendi zu ſichern hervor in fr. 20 § 1 h. t., vgl. unten § 13, Note 8.

auf die Verſionsklage eröffnet. In dieſem Sinne ſind die Schlußworte der fr. 3 § 9 h. t. curiosus igitur debet esse creditor quo vertatur zu verſtehen: ſie enthalten kein rechtliches Erforderniß der Verſionsklage, ſondern bloß eine Regel der Klugheit, welche der vorſichtige Gläubiger nicht außer Acht laſſen wird[6]).

§ 10. Negotium domini.

Die Grenzſcheide zwiſchen alienum und proprium negotium iſt theoretiſch ſchwer zu ziehen. Wenn G eine Handlung vornimmt, welche dem D Vortheil bringt, ſo iſt damit noch nicht geſagt, daß er ein Geſchäft des D geführt hat und deswegen die Koſten der Handlung ihm anrechnen darf: keine neg. alienum liegt z. B.

[6]) Mit dem bloßen Wiſſen des Gläubigers um die Geſtionsabſicht des Sklaven iſt nicht zu verwechſeln die weitergehende contemplatio domini, vermöge welcher der Dritte die Geſchäftsführung ſelbſt in die Hand nimmt und ſich dabei des Sklaven als eines Gehülfen bedient. Er erwirbt dadurch an Stelle der adjektiziſchen Darlehns- oder Kaufsklage eine direkte a. negot. gestorum gegen den Herrn, haftet ihm aber auch für Fehler in der Ausführung des in Angriff genommenen Geſchäftes. Von dieſem Falle handelt fr. 10 § 5 h. t.: plane si contemplatione domini pecuniam dedi non gerenti servo sed ipse gerens, negotiorum gestorum actione potero etiam de usuris experiri (vgl. zu dieſer Stelle unten § 15). cf. 5 § 3 de n. g. 3, 5: item si procuratori tuo mutuam pecuniam dedero tui contemplatione, ut creditorem tuum vel pignus tuum liberet, adversus te negotiorum gestorum habebo actionem, adversus eum cum quo contraxi nullam. Der Unterſchied in der Sinnesrichtung des Gläubigers zeigt ſich in der Art und Weiſe, wie er ſich zu den Bedürfniſſen des Herrn verhält: begnügt er ſich damit, das Vorhandenſein der Bedürfniſſe zu konſtatiren, ehe er dem Sklaven Geld oder Sache überläßt, ſo iſt er ſelbſt nicht Geſchäftsführer, ſondern Pekuliargläubiger mit mehr oder minder geſicherter Ausſicht auf die Verſionsklauſel; ſorgt er dagegen dafür, daß der Sklave das Geld auch wirklich zum Nutzen des Herrn verwendet, ſo iſt er deſſen Geſchäftsführer, wenn er auch, wie das meiſtens der Fall ſein wird, ſich nicht darüber klar iſt, unter welche juriſtiſche Kategorie ſein Handeln zu ſtellen iſt. Die beiden Möglichkeiten werden treffend geſchildert von Afrikan in fr. 7 pr. de exerc. a. 14, 1 . . . etenim ut non oportet creditorem ad hoc adstringi, ut ipse reficiendae navis curam suscipiat et negotium domini gerat (quod certe futurum sit, si necesse habeat probare pecuniam in refectionem erogatam esse), ita illud exigendum, ut sciat in hoc se credere, cui rei magister quis sit praepositus etc.

vor, wenn G verpflichtet war, dieſe Handlung gegen eine feſte Gegenleiſtung zu vollbringen, oder wenn er ſie in eigenem Intereſſe, wenn auch in Kenntniß daran, daß ſie vermöge einer Reflexwirkung dem D nützen werde, ausgeführt hat. Ob eine Handlung des G als negotium des D zu betrachten ſei, mit der Wirkung, daß D die Koſten zu tragen habe, iſt aus den Umſtänden des Falles mit größerer oder geringerer Schwierigkeit zu entſcheiden.

Daſſelbe gilt von der Abgrenzung zwiſchen negotium domini und negotium proprium servi. Die Schwierigkeit wird noch erhöht durch den Umſtand, daß peculium und patrimonium domini ſich nicht ſo ſelbſtſtändig gegenüberſtehen, wie die beiden Vermögen des freien procurator und ſeines Geſchäftsherrn; das Pekulium iſt pars patrimonii domini, jede Handlung des Sklaven, durch welche er ſein Sondergut vermehrt, iſt daher nothwendiger Weiſe zugleich eine Vergrößerung des Herrenvermögen.

Trotzdem unterſcheiden die Römer ſcharf, ob der Sklave das patrimonium oder das peculium vergrößert, und finden nur im erſteren Fall ein dominicum negotium, im letzteren ein proprium negotium servi: daß dabei auch das Herrenvermögen vermehrt wird, iſt eine Nebenwirkung, welche für die juriſtiſche Beurtheilung der Handlung des Sklaven nicht in Betracht kommt[1]); ſeine auf Vermehrung des Sonderguts gerichtete Hauptabſicht prävalirt vollkommen und verleiht ſeiner Handlung den Charakter eines negotium prorium, aus welchem er keinerlei Anſprüche gegen den Herrn

---

[1]) Daſſelbe gilt für den Fall, daß ein Dritter das Pekulium contemplatione servi vergrößert; die Römer ſehen darin, trotz der unvermeidlichen Reflexionwirkung auf das Geſammtvermögen des Herrn, ein reines negotium servi, vgl. fr. 5 § 8 de n. g. 3, 5 (unten § 17, I) und die merkwürdige Entſcheidung des fr. 12 § 2 mand. 17, 1: plane, inquit (sc. Marcellus), si filiusfamilias vel servus fuit fideiussor et pro his solvero donaturus eis, mandati patrem vel dominum non acturos, hoc ideo, quia non patri donatum volui. Lieber ſoll, meint Marcellus, die Schenkungsabſicht überhaupt nicht verwirklicht werden, als daß ſie dem Vater, den der Schenker nicht im Auge hatte, zu Gute komme; obwohl doch, wenn der Hauptſchuldner ſeiner Regreßpflicht freiwillig genügt, mit der Zahlung an das Pekulium zugleich das Geſammtvermögen des Vaters einen Zuwachs erhalten würde.

ableiten kann; darum versagt in solchen Fällen die a. de in r. v., trotz der zweifellosen Bereicherung des Herrn; der Gläubiger ist auf die a. de pec. angewiesen:

fr. 6 h. t. 15, 3: nom si hoc verum esset, etiam antequam venderet rem peculiarem, de in rem verso teneretur, quia hoc ipso, quod servus rem in peculio haberet, locupletior fieret, quod aperte falsum est. (Tryphoninus.)

Von diesem Prinzip, daß die Handlung, welche ein Sklave im Interesse seines Pekulium vornimmt, nicht zugleich ein negotium domini ist, wollen wir zunächst zwei Konsequenzen näher betrachten und sodann einige andere rechtsgeschäftliche Zwecke des Sklaven besprechen, bei denen es zweifelhaft sein kann, ob ihre Verfolgung als negot. domini oder negotium servi aufzufassen ist:

1. Was der Sklave thut, um seine Gläubiger zu befriedigen, ist negotium prorium und erzeugt weder einen Regreßanspruch des Pekulium, noch eine a. de in r. v., obwohl die Tilgung einer Schuld des Sklaven mittelbar auch dem Herrn Vortheil bringt, indem er von der Pekuliarhaftung befreit wird:

fr. 11 h. t.: quod servus in hoc mutuatus fuerit, ut creditori suo solveret, non erit in rem versum, quamvis actione de peculio liberatus sit dominus.

Anders verhält es sich, wenn nur formell eine Schuld des Sklaven, materiell dagegen eine Schuld des Herrn vorliegt, d. h. wenn der Sklave die Verpflichtung im Interesse des Herrn übernommen hat: der Sklave kann naturaliter verlangen, daß der Herr diese Schuld tilge, wenn daher der Sklve selbst Handlungen zum Zweck der Tilgung vornimmt z. B. ein Darlehen in dieser Absicht eingeht, so liegt darin ein negotium dominicum, welches eine a. de in r. v. erzeugen kann:

fr. 10 § 10 h. t.: idem tractat, an ex eventu possit in rem patris filius vertere, veluti si duo rei pater et filius fuerint et filius mutuatus suo nomine solvat, vel si filio iussu patris credidisti et filius creditum tibi solvisset. mihi videtur si quidem pecunia ad patrem pervenerat, videri in rem versum; quod si non fuit et suum negotium gerens filius solvit, non esse de in rem verso actionem.

Die letzten Worte der Stelle werden von Mandry (II, S. 497) in einer m. Er. unrichtigen Weise interpretirt. Er hält es für möglich, daß auch dann, wenn die gewaltunterworfene Person materiell als Schuldner erscheint, eine versio vorhanden sein könne, unter der Voraussetzung, daß der Zahlende bei der Zahlung die Verbindlichkeit des Gewalthabers im Auge habe und tilgen wolle. Das wird a contrario aus den Worten: et suum negotium gerens filius solvit gefolgert. Ich möchte in diesen Worten keine neue Voraussetzung für das Fehlen der Version, sondern einen erläuternden Zusatz sehen und demgemäß übersehen: „wenn das nicht der Fall war, der Sohn also in eigenen Angelegenheiten gezahlt hat u. s. w." Wenn nämlich der Sohn eine materiell ihn selbst angehende Schuld zahlt, so ist das m. Er. unter allen Umständen für ihn ein negotium proprium, eine abweichende Willensrichtung, (z. B. dahin, den Vater von der Pekuliarhaft zu befreien) könnte m. Er. gegenüber dem objektiven Thatbestand nichts ändern [2]). Das ergibt sich aus folgender Erwägung: würde der Sohn es dazu kommen lassen, daß die Schuld durch den Vater bezahlt wird, so hätte ja der Vater daraus ein Deduktionsrecht, weil er für das Pekulium gezahlt hätte [3]); eine Zahlung aber, welche vom Vater geleistet auf Kosten des Sohnes geht, kann, wie mir scheint, wenn sie durch den Sohn vorgenommen wird, nur

[2]) Ebenso bleibt die Bezahlung einer nur formell eigenen, materiell fremden Schuld stets negot. alienum, ohne daß die besondere Absicht des Zahlenden zu untersuchen wäre. Das gibt auch Mandry zu, unter Berufung auf fr. 15 h. t. (abgedruckt S. 150). Nur glaube ich nicht, wie Mandry II, S. 498, daß Ulpian mit den Worten licet pro se videatur solvisse eine auf Zahlung eigener Schuld gerichtete Absicht des Sohnes für irrelevant erklären wollte, sondern ich übersetze: „wenn es auch den Schein hat, als ob der Sohn eine eigene Schuld gezahlt hat, so liegt doch bei richtiger Beurtheilung eine versio d. h. ein negot. alienum vor". Denn ein Bürge hat, glaube ich stets die Absicht, auf Kosten des Hauptschuldners zu zahlen, es müßte denn ausnahmsweise ein animus donandi vorliegen. Allerdings hat der Bürge die Wahl, ob er dem Gläubiger suo nomine oder nomine debitoris zahlen will (fr. 47 de cond. ind. 12, 6 cf. fr. 69 de fidei. 46, 1), allein sein Regreßverhältniß zum Hauptschuldner ist in beiden Fällen das gleiche.

[3]) Vgl. oben § 7 S. 141.

als eigenes Geschäft desselben gelten, daher auch weder einen Regreßanspruch des Sohnes noch eine Versionsklage des Darlehensgläubigers erzeugen[4]).

2. Die Bezahlung einer Naturalschuld des Pekulium an den Herrn ist stets eigenes Geschäft des Sklaven, und kann daher weder einen Naturalregreß des Sklaven, noch, wenn sie mit geliehenem Gelde geschieht, eine a. de in r. v. des Darlehensgläubigers erzeugen. Dieser Satz ist bei Annahme der „Regreßtheorie" selbstverständlich, vom Standpunkt der „Bereicherungstheorie" aus dagegen nicht so einfach zu erklären[5]), namentlich wenn man den Fall setzt, daß das Pekulium insolvent d. h. mit Schulden an den Herrn überlastet ist: der ungedeckte Ueberschuß der Schulden des Sklaven repräsentirt im Vermögen des Herrn keinen Werth, wenigstens wenn man von der Möglichkeit einer späteren Vermehrung des Pekulium absieht. Wenn nun der Sklave diesen Theil seiner Schuld mit geliehenem Gelde bezahlt, so kann man recht wohl behaupten, daß der Herr dadurch bereichert ist: denn er hat sein Vermögen vermehrt und dagegen nur einen werthlosen Forderungsposten eingebüßt. Trotzdem wird bei der Schuldzahlung an dem Herrn die Version entschieden abgelehnt:

fr. 10 § 7 h. t.: si domini debitor sit servus et ab alio mutuatus ei solverit, hactenus non vertit, quatenus domino debet; quod excedit vertit.

fr. 7 § 12 ad SC. Mac. 14, 6 in f.: non tamen vertisse videbitur, si mutuam pecuniam acceptam patri in proprium debitum solvit, et ideo, si pater ignoravit, adhuc senatus consulto locus erit.

---

[4]) Dem steht nicht entgegen der Umstand, daß der de peculio haftende Gewalthaber die Wahl hat, ob er die Schuld als eigene oder als Schuld des Sklaven bezahlen will. Denn dem Sklaven gegenüber ist die Zahlung in beiden Fällen negotium peculiare und begründet einen Deduktionsposten, nur im Verhältniß zum Gläubiger kann die Unterscheidung relevant sein z. B.: servi nomine darf der Herr nur den vollen Betrag der Schuld anbieten, proprio nomine dagegen auch den Nettobetrag des Pekulium, bis zu welchem er haftet, vgl. fr. 59 de solut. 46, 3.

[5]) Mandry II, S. 536. Vgl. unten § 18, Note 51.

fr. 3 § 7 de pec. 15, 1: cui congruit, quod idem Julianus scribit, si a filio meo fideiussorem accepero, quidquid a fideiussore accepero, id me non de in rem verso, sed de peculio actione mandati praestaturum. idem accipias et in servi fideiussore, idemque si alius mihi pro filio meo debitore solvisset.

Natürlich wird das Pekulium, auf welches der Gläubiger angewiesen ist, bis zum Betrag der gezahlten Schuld von der Deduktion frei, aber es kann nichtsdestoweniger insolvent sein, weil noch andere nichtbeglichene Deduktionsposten auf ihm lasten. Das ist vorausgesetzt in

fr. 20 pr. de d. m. 4, 3: servus tuus cum tibi deberet nec solvendo esset, hortatu tuo pecuniam mutuam a me accepit et tibi solvit: Labeo ait de dolo malo actionem in te dandum, quia nec de peculio utilis sit, cum in peculio nihil sit, nec in rem domini versum videatur, cum ob debitum dominus acceperit.

3. Ein wichtiger Grund, aus welchem der Sklave Schuldner seines Herrn werden kann, ist der Freilassungsvertrag. Zahlt der Sklave, was er pro libertate versprochen hat, so liegt darin zweifellos ein proprium negotium; daher keine Version, wenn der Sklave zu diesem Zwecke Geld leiht. So entscheidet Javolenus in fr. 2 h. t.:

qui nummis acceptis servum manumisit, agi cum eo de in rem verso non potest, quia dando libertatem locupletior ex nummis non fit.

Abgesehen von der Begründung, welche zu Gunsten der „Bereicherungstheorie" angeführt werden kann, stimmt diese Entscheidung zu der von uns vertretenen Ansicht, daß die versio auf dem Regreß des Sklaven beruht. Um so größere Schwierigkeiten bereitet das unmittelbar folgende fr. 3 pr. h. t.:

quod si servus domino quantitatem dederit, ut manumittatur, quam a me mutuam accepit, in peculium quidem hanc quantitatem non computari, in rem autem videri versum, si quid plus sit in eo quod servus dedit qnam in servi pretio. (Ulpianus.)

Für den Gegner der „Regreßtheorie" ist diese Stelle ein starkes Argument[6]): eine Naturalforderung des Sklaven gegen den Herrn scheint nicht konstruirbar zu sein, denn der Sklave hat nur das gezahlt, was er dem Herrn versprochen hat; andrerseits hat das Geschäft dem Herrn einen zweifellosen Vortheil eingetragen, indem er nun an Stelle eines Sklaven im Werthe von 50 eine Summe von 100 im Vermögen hat. Trotzdem ist die Stelle m. Er. auch für die „Bereicherungstheorie" nicht ohne Bedenken: wenn der Ueberschuß der verabredeten Kaufsumme über den wahren Werth des Sklaven ein versum ist, so ist nicht abzusehen, warum dieselbe Erscheinung nicht auch bei anderen Verträgen zwischen Sklaven und Herrn eintreten soll; z. B. der Sklave kauft mit geliehenem Gelde vom Herrn eine Sache im Werth von 50 für 100, der Gläubiger dürfte dann die Differenz von 50 vom Herrn als versum verlangen: das würde aber im Widerspruch zu dem unbestreitbaren Satze stehen, daß aus der Bezahlung einer (gemäß fr. 49 § 2 de pec. 15, 1 ex civili causa zu beurtheilenden) Naturalschuld des Sklaven an den Herrn ein versum nicht entsteht. So bleibt die Stelle, wie man auch über das Prinzip der versio denken mag, der Erklärung bedürftig. Vielleicht gelingt es, das Dunkel wenigstens einigermaßen aufzuhellen, wenn man den Thatbestand der fr. 2 und 3 pr. etwas genauer, als bisher geschehen ist, in's Auge faßt: in fr. 2 ist zweifellos vorausgesetzt, daß der Sklave bereits freigelassen ist; das fr. 3 pr. beginnt mit dem Worte „quodsi", welches meistens einen etwas modificirten Thatbestand einleitet: demgemäß heißt es bei Ulpian auch nicht, wie bei Javolen, manumisit, sondern: si servus qnantitatem dederit,

[6]) Mandry II, S. 477 und 500; Löwenfeld S. 10 fg.; Grimm S. 88 fg. nimmt mit Recht Anstoß an dem Widerspruch, in welchem unsere Stelle zu dem von Ulpian im § 2 desselben fr. 3 h. t. ausgesprochenen Prinzip steht, und hält es daher für möglich, daß die Stelle eigentlich zum vorhergehenden Fragment Javolen's gehörte und durch ein Versehen der Kompilatoren in das ulpianische fr. 3 h. t. gekommen ist. Mir scheint es wahrscheinlicher, daß Ulpian in seinem fortlaufend (fr. 1, 3, 5, 7 etc.) excerpirten Kommentar den Javolen citirte, und daß die Kompilatoren die citirte Stelle, wie so oft, aus der Originalschrift in die Digesten auf nahmen.

ut manumittatur. Wir dürfen daher annehmen, daß Ulpian die Frage beſpricht, wie der Gläubiger zu ſeinem Gelde kommt, wenn der Sklave noch nicht freigelaſſen iſt, oder vielleicht überhaupt nicht freigelaſſen werden kann (weil er z. B. geſtorben iſt). Dieſe Annahme wird m. E. beſtätigt durch die folgenden Worte: in peculium quidem hanc quantitatem non computari. Damit iſt die uns aus den Quellen bekannte Streitfrage angedeutet, ob eine zum Zweck des Loskaufs vom Sklaven an den Herrn angezahlte Summe ſofort oder erſt mit dem Moment der Freilaſſung aus dem Pekulium ausſcheide[7]): die Summe hat ſofort aufgehört, zum Pekulium zu gehören, oder ſie hat nie zum Pekulium gehört, wenn der Sklave das Geld direkt in die Kaſſe des Herrn gebracht hat; aber damit iſt — ſo fährt Ulpian fort — die Verſion nicht ausgeſchloſſen. Sie wäre es, wenn man annehmen müßte, daß der Sklave, indem er die Summe dem Herrn verſchafft, eine Schuld an denſelben bezahlt. Das iſt aber nicht der Fall, wie aus dem (zur Erläuterung von fr. 3 pr. h. t., ſo viel ich ſehe, nicht herangezogenen) fr. 11 § 1 de pec. 15, 1 hervorgeht:

> sed et si quid dominus soluturum se servi nomine repromisit, deduci oportebit, quemadmodum si quid domino servus pro debitore expromiserat. idem est et si pro libertate quid domino expromisit, quasi debitor domino sit effectus, sed ita demum si manumisso eo agatur.

Der Sklave iſt alſo nicht Naturalſchuldner des Herrn, ſondern er wird es erſt im Moment der Freilaſſung. Es iſt dies keineswegs auffallend: denn, ſieht man ſich nach einer causa civilis um, nach deren Analogie das pactum de libertate beurtheilt werden kann, ſo wäre es durchaus unrichtig, etwa an den Kauf zu denken[8]) — es fehlt vor Allem an der Kaufſache — vielmehr

[7]) fr. 8 § 5 de pec. leg. 33, 8, fr. 6 de manum. 40, 1, vgl. Pernice, Labeo I, S. 157, Note 15.

[8]) Wenn Julian, fr. 9 und 10 pro empt. 41, 4 den Freilaſſungsvertrag unter die Kategorie der emptio venditio ſubſumirt, ſo geſchieht das offenbar nur zu dem Zweck, um für den Erwerb des Herrn aus dieſem Vertrage einen paſſenden Erſitzungstitel zu finden, und iſt ſowenig producendum ad consequentias, wie etwa die Subſumption der litis aestimatio unter den Begriff des Kaufes (fr. 3 eod.).

erscheint die Abrede als „Innominatkontrakt“ [9]), aus dem jedoch dem Sklaven, nachdem er vorgeleistet hat, kein Erfüllungsanspruch [10]) sondern blos ein naturales Rückforderungsrecht erwächst, falls der Herr sein Versprechen nicht hält. Diese condictio ist ein Bestandtheil des Pekulium, wenn der Sklave eigenes Geld hergegeben hat; wenn dagegen, wie in unserem Fall, der Verlust des Sklaven nicht in einer erogatio, sondern in der Belastung seines Pekulium mit einer Schuld besteht, so kann er nach dem was oben § 5 S. 88 gesagt ist, Befreiung von dieser Schuld verlangen. Wir sind also, indem wir die Schlußworte unserer Stelle zunächst aus dem Auge gelassen haben, zu dem Resultat gekommen, daß eine auf naturalem Liberationsanspruch des Sklaven beruhende Versionsklage am Platz ist, wenn der Herr den Sklaven nicht freiläßt. Vergleichen wir nun damit den Text der Stelle:

in rem autem videri versum si quid plus sit in eo quod servus dedit quam est in servi pretio.

Die Versionsklage ist beschränkt auf die Differenz zwischen Loskaufsumme und wahrem Werth; vorausgesetzt ist dabei offenbar die erfolgte Freilassung. Der Sklave kann also den Herrn durch das Angebot und die Zahlung einer beliebig hohen Summe zur Freilassung bewegen; hat der Herr die Bitte des Sklaven erfüllt, so meldet sich dann ein Gläubiger, der dem Sklaven die Summe vorgestreckt hat und nimmt dem Herrn das erhaltene Geld bis auf die Taxsumme, für welche der Herr vielleicht den Sklaven nie hergegeben hätte, wieder ab. Der Sklave hätte so die Möglichkeit, mit Hilfe eines Dritten den Herrn gewissermaßen zu expropriiren. Einen Rechtssatz, der in seiner praktischen Anwendung zu so exorbitanten, der fides, welche den Freilassungsvertrag

[9]) Vgl. fr. 3 § 2 und 3 de con. c. d. c. n. s. 12, 4; so auch Baron S. 29, der im Uebrigen auf die Schwierigkeit der Stelle nicht eingeht.

[10]) Eine Klage auf Freilassung gab es im römischen Recht überhaupt nicht. Extra ordinem wurde die Erfüllung des Freilassungsversprechens erzwungen zu Gunsten des suis nummis emptus (fr. 4 und 5 pr. de manum. 40, 1), sowie dann, wenn der Freilassungsvertrag mit einem Dritten geschlossen war, fr. 19 eod.: si quis ab alio nummos acceperi, ut servum suum manumittat, etiam ab invito libertas extorqueri potest, vgl. Leist in Glück's Kommentar, Bücher 37, 38, Bd. IV, Nr. 71.

regiert, so stark widersprechenden Konsequenzen führen würde, kann m. E. Ulpian nicht aufgestellt haben[11]). Ich bin daher der — freilich nur auf innere Gründe gestützten — Meinung, daß die letzten Worte des Fragments von den Kompilatoren herrühren, daß dagegen Ulpian dem Sinne nach etwa geschrieben hat: si dominus non manumiserit. Die Gründe zur Vornahme einer solchen Aenderung liegen nicht fern: zunächst konnte der bei Justinian stark hervortretende favor libertatis die Kompilatoren veranlassen, die Nichterfüllung des Freiheitsversprechens aus dem Thatbestand der Ulpianischen Stelle zu eliminiren[12]), sodann konnte die einmal beschlossene Abänderung der Stelle dazu dienen, den Entscheidungsgrund Javolens mit einer scheinbar konsequenten und scharfsinnigen Korrektur zu versehen. Dazu kommt endlich, daß Justinian in c. 1 § 5 de serv. comm. 7, 7 eine ausführliche Preisskala für Sklaven aufgestellt und von derselben des Oefteren Gebrauch gemacht hat, um den Herrn für den Verlust seines Sklaven zu entschädigen[13]).

---

[11]) Daß im klassischen Rechte die Bestimmung des Freilassungspreises dem Herrn freistand, ergibt sich, wie mir scheint aus fr. 2 § 2 quar. rer. 44, 5: si servus promittat domino pecuniam, ut manumittatur, cum alias non esset manumissurus dominus, eamque liber factus spondeat, dicitur non obstare exceptionem patrono, si eam petat: non enim onerandae libertatis causa haec pecunia promissa est. alioquin iniquum est, dominum et servo carere et pretio eius. totiens ergo onerandae libertatis causa pecunia videtur promitti, quotiens sua sponte dominus manumisit et propterea velit libertum pecuniam promittere, ut non exigat eam, sed ut libertus eum timeat et obtemperet ei. Gerade an Sklaven kam das Affektionsinteresse des Eigenthümers besonders in Betracht und wurde auch nachdrücklich geschützt, vgl. fr. 36 de lib. causa 40, 12: dominus qui obtinuit, si velit servum suum abducere, litis aestimationem pro eo accipere non cogetur. (Papinianus.) Und gleichzeitig mit dieser Entscheidung soll Ulpian dem Sklaven einen Weg gezeigt haben, auf dem er gegen eine geringere Summe, als der Herr für ihn haben wollte, zur Freiheit gelangen konnte!

[12]) Diokletian hatte für unseren Fall verordnet: rector provinciae hortabitur dominum salva reverentia (quam patrono liberti solent exhibere) placito suo stare. c. 8 de lib. c. 7, 16, c. 9 de cond. ob. c. d. 4, 6. Im Sinne und zur Zeit Justinian's wird wohl eine solche hortatio rectoris nie erfolglos gewesen sein.

[13]) Vgl. z. B. fr. 18 pr. de vulg. subst. 28, 6 (Lenel, Paling.

4. Aus zahlreichen Quellenstellen geht hervor, daß in der Dotirung einer Haustochter durch eine derselben Gewalt unterworfene Person eine versio in rem patris enthalten sein kann. Nach unserer Theorie muß sich nachweisen lassen, daß der Besteller der Mitgift in solchen Fällen ein Geschäft des Hausvaters geführt hat. Dem ist zweifellos so, wenn ein Sklave die Tochter des Herrn, oder wenn ein Hausſohn seine Schwester mit zu diesem Zweck entliehenen Gelde dotirt; denn dadurch wird dem Vater der Frau die ihm obliegende Dotationspflicht abgenommen:

fr. 17 ad SC. Maced. 14, 6: filius familias si in id acceperit mutuam pecuniam, ut eam pro sorore sua in dotem daret, pater eius de in rem verso actione tenebitur: ipsi enim mortua in matrimonio puella repetitio dotis datur[14]).

Wenn dagegen der Hausſohn seine eigene Tochter dotirt, so könnte man zweifeln, ob darin ein negotium patris oder etwa ein negotium peculiare filii liegt. Indessen scheint es, wenigstens in der älteren Zeit, nicht Sitte gewesen zu sein, daß der Hausſohn seine Tochter aus eigenen Mitteln dotirte; es galt vielmehr die Dotirung der Enkelin als eigene Naturalpflicht des Großvaters. So heißt es in fr. 8 h. t.:

et nihil interesse Pomponius ait, filiae suae nomine

Ulp. 2546) und fr. 8 § 17 fr. 9 de inoff. 5, 2 (Lenel, Paling. Modest. 80).

[14]) Mandry II, S. 496 urgirt die Schlußworte und folgert aus ihnen, „daß sobald nicht versum durch Ersparniß in Betracht kommt, sondern im Erwerbe eines Surrogats die Vermögensvermehrung gesehen werden will und kann, die Absicht des Hausſohnes völlig bedeutungslos ist". Daß die Absicht des Hausſohnes in diesem Fall für die Begründung der Versionsklage nicht besonders bewiesen werden muß, behaupte auch ich, aber ich möchte den Grund dazu darin suchen, daß die Dotirung der Schwester kein negotium filii ist, daß der Sohn also selbstverständlich die Absicht hatte, ein Geschäft des Vaters zu führen. Ein Geschäft des Vaters ist aber die Dotirung der Tochter m. E. nicht deswegen, weil der Vater einen höchst unsicheren (von seinem Ueberleben abhängigen) Anspruch auf Rückgabe der dos erwirbt, sondern weil er zur Dotirung verpflichtet ist. Weshalb gerade in fr. 17 cit. das versum nicht in der Erfüllung dieser Pflicht, sondern im Erwerbe der a. rei uxoriae „gesehen werden will und kann", hat Mandry nicht erklärt.

an sororis vel neptis ex altero filio natae dederit. idem ergo dicemus et si servus mutuatus fuerit et domini sui filiae nomine in dotem dederit.

fr. 5 § 8 de iure dot. 23, 3: si filius familias mutuatus creditorem delegavit, ut daret pro filia dotem, vel etiam ipse accepit et dedit, videri dotem ab avo profectam Neratius ait hactenus, quatenus avus esset dotaturus neptem suam; id enim in rem avi videri versum.

Ebenso gewährt der ältere Jurist (wahrscheinlich Labeo) in fr. 7 § 5 h. t. die Versionsklage gegen den Großvater ohne weitere Voraussetzungen:

si filius familias pecuniam mutuatus pro filia sua dotem dederit, in rem versum patris videtur, quatenus avus pro nepte daturus fuit.

In späterer Zeit scheint sich die Lebenssitte verändert zu haben[15]: es konnte den Verhältnissen der Familie angemessen erscheinen, daß der Hausſohn seine Tochter aus seinem Pekulium dotirte (wenn z. B. der Sohn bei selbständiger Lebensstellung ein bedeutendes Sondergut besaß)[16]. Nunmehr konnte die Bestellung einer Mitgift für die Enkelin nicht mehr ohne Weiteres als negotium avi gelten[17]. In diesem Sinne möchte ich die Korrektur auffassen, welche Ulpian am Schluß der fr. 7 § 5 cit. anbringt:

[15]) Eine Veränderung in der Auffassung des Familienzusammenhanges, durch welche im Lauf der Zeiten die Enkelin ihrem parens näher und damit dem Großvater ferner gerückt wurde, liegt gewiß auch der bekannten Antinomie zwischen fr. 79 pr. de iure dot. 23, 3 und fr. 6 de collat. 37, 6 zu Grunde, vgl. Bechmann, Dotalrecht II, S. 428.

[16]) Ebenso konnte es vorkommen, daß eine Haustochter aus ihrem eigenen Pekulium ihrem Ehemann eine Mitgift bestellte, fr. 24 de iure dot. 23, 3.

[17]) So würde sich fr. 9 h. t. (si vero pater dotem daturus non fuit, in rem patris versum esse non videtur) leicht erklären, wenn die Stelle nicht einem verhältnißmäßig so frühen Juristen wie Javolenus angehörte. Nimmt man aber an, daß Javolenus ebenso wie Labeo, Xeraz und Pomponius die Dotirung der Enkelin noch durchweg als Sache des Großvaters ansehen, so muß man sich einen Fall denken, in welchem der Großvater ausnahmsweise zur Dotirung nicht verpflichtet war z. B. weil die Tochter ein genügendes eigenes Pekulium besaß oder etwa durch ihren

quae sententia ita demum mihi vera videtur, si hoc animo dedit ut patris negotium gerens.

Wenn Ulpian an anderer Stelle, fr. 7 § 2 ad SC. Maced. 14, 6 die Dotirung der Enkelin als ein versum in rem avi ansieht, ohne hervorzuheben, daß die Umstände des einzelnen Falles die Dotirung zu einem negotium filii machen könnten, so erklärt sich das m. E. aus dem Thatbestand der Stelle, aus welchem, wie mir scheint, ohne Weiteres hervorgeht, daß der Sohn seinen Verhältnissen nach nicht in der Lage war, seine Tochter selbst zu dotiren:

sed et si filius familias patre suo relegato vel longo tempore absente dotem pro filia promiserit et rem patris pignori dederit, senatus consultum cessabit.

Hätte der Sohn ein hinreichendes Pekulium gehabt, so hätte er aus demselben eine dos bestellen oder wenigstens sein Dotalversprechen pfandrechtlich sicherstellen können. In Ermangelung eines genügenden Sondergutes ist aber die Dotirung ohne Weiteres Sache des Großvaters; daß der Sohn sie trotzdem vornimmt, erklärt Ulpian durch die Umstände, welche den Großvater hinderten, das zu thun, was er sonst gewiß gethan hätte.

5. Negotium dominicum ist endlich die Beschaffung der zum Lebensunterhalt nöthigen Nahrung und Kleidung. Daher begründet ein zu diesem Zweck aufgenommenes Darlehn des Sklaven die Versionsklage:

fr. 3 § 3 h. t.: proinde si servus sumpsit pecuniam, ut se aleret et vestiret secundum consuetudinem domini id est usque ad eum modum quem dominus ei praestare consueverat, in rem videri domini vertisse Labeo scribit.

In dieser Stelle ist zwar nicht gesagt, ob der Sklave ein Pekulium hatte, es geht aber aus anderen Aussprüchen der Quellen deutlich hervor, daß trotz bestehenden Sonderguts die Unterhaltskosten eine Last des Patrimonium sein konnten[18]). So ist in

---

Lebenswandel den Anspruch auf Dotation verloren hatte, vgl. auch Stephanus Schol. 68 (Suppl. Basil. Heimb. p. 247): quid enim si pater locuples sit et saepe rogatus sit, ut filiam suam vel neptem sine dote uxorem daret?

[18]) Mandry II, S. 27 fg., S. 493.

fr. 19 h. t. die Rede von einer toga, quam filio (sc. qui peculium habebat) pater emere debuit, nach anderen Stellen ſind die Heilkoſten[19]) des kranken Sklaven und die Beerdigungskoſten[20]) nicht aus dem Pekulium ſondern aus dem Herrenvermögen zu beſtreiten. Dieſer auf römiſcher Lebensſitte beruhende Rechtsſatz iſt für uns, wenn wir verſuchen, von der ökonomiſchen Grundlage des Pekuliarrechts uns eine Vorſtellung zu machen, um ſo auffallender, als wir andrerſeits erfahren, daß dieſelben nothwendigen Kleidungsgegenſtände, deren Anſchaffung, wie wir eben geſehen haben, zu Laſten des Patrimonium erfolgte, ſelbſt einen Beſtandtheil des Pekulium bildeten:

> fr. 25 de pec. 15, 1: id vestimentum peculii esse incipit, quod ita dederit dominus, ut eo vestitu servus perpetuo uti vellet eoque nomine ei traderet, ne quis alius eo uteretur idque ab eo eius usus gratia custodiretur. sed quod vestimentum servo dominus ita dedit utendum, ut non semper, sed ad certum usum certis temporibus eo uteretur, veluti cum sequeretur eum sive cenanti ministravit, id vestimentum non esse peculii. (Pomponius.)

Gerade das Gegentheil ſcheint fr. 40 § 1 eod. 15, 1 zu berichten:

> quomodo autem peculium nascitur quaesitum est. et ita veteres distinguunt, si id adquisiit servus quod dominus necesse non habet praestare, id esse peculium, si vero tunicas aut aliquid simile quod ei dominus necesse habet praestare, non esse peculium. (Marcianus.)

Zur Vereinigung beider Stellen betont Mandry II, S. 84 mit Recht, daß fr. 40 cit. von Begründung des Pekulium, fr. 25 cit. dagegen vom Inhalt eines ſchon beſtehenden

---

[19]) fr. 9 § 7 de pec. 15, 1: si ipse servus sese vulneravit, non debet hoc damnum deducere, non magis quam si se occiderit vel praecipitaverit: licet enim etiam servis naturaliter in suum corpus saevire. sed si a se vulneratum servum dominus curaverit, sumptuum nomine debitorem eum domino puto effectum, quamquam si aegrum eum curasset rem suam potius egisset.

[20]) fr. 19 h. t. 15, 3.

Pekulium handelt; in der That ist es einleuchtend, daß aus der Zuweisung nothwendiger Kleidungsstücke an den Sklaven eine concessio peculii nicht gefolgert werden konnte. Allein fr. 40 cit. spricht, was Mandry übersieht, nicht von Kleidern, die der Herr dem Sklaven zuweist, sondern von solchen, die der Sklave selbst erwirbt; daß aber solche Gegenstände nicht dem Pekulium angehören sollen, ist allerdings auffallend. Vielleicht läßt sich annehmen, daß die veteres die nothwendige Kleidung unter allen Umständen aus dem Pekulium ausschlossen[21]: der Zweck eines solchen Rechtsatzes würde darin zu finden sein, daß der Sklave diese Gegenstände nicht veräußern konnte[22]. In fr. 25 cit. hätten wir dann ein Zeugniß für eine spätere Entwicklungsstufe, auf welcher der Herr zwar immer noch den Sklaven unterhält, die Gegenstände aber, welche er ihm zu diesem Zwecke zuweist, in das Sondergut übergehen und bei libera administratio der Verfügung des Sklaven unterliegen[23]. Uebrigens darf man in diesen internen Angelegenheiten des römischen Hauses keine allzu festen Regeln suchen, man muß vielmehr annehmen, daß die ökonomische Selbstständigkeit der Hausunterthanen je nach den Verhältnissen der Familie sehr verschieden abgestuft war. So finden wir bisweilen an Stelle des vom Vater gewährten naturalen Unterhalts eine

[21]) Daß die Kleidung des Sklaven nicht zum Pekulium gehörte oder wenigstens nicht immer das Schicksal des Pekulium theilte, geht auch aus fr. 12 und 13 de pec. leg. 33, 8 hervor: tunc inutile legatum peculii fit, cum servus vivo testatore decedit: ceterum si mortis tempore servus vixerit, peculium legato cedet (Julianus). aliter atque si servus vestitus legatus foret (Celsus).

[22]) Das würde mit der von Pernice, Labeo I, S. 121 fg. und Mandry II, S. 26 fg. vertretenen Ansicht übereinstimmen, daß das Pekulium in der älteren Zeit meist bloßes Sparvermögen des Sklaven ist, späterhin aber häufig zur wirthschaftlichen Basis einer selbstständigen Oekonomie wird. Vgl. über diese Entwicklung unten § 18, II, Nr. 1.

[23]) Daß im Zusammenhange mit dieser Erweiterung der Zwecke und des Inhaltes des Pekulium die „libera administratio“ als Erforderniß für die Verfügung über dasselbe aufgekommen sei, wird bekanntlich von Pernice a. a. O. S. 133 behauptet, läßt sich aber, wie mir scheint, aus den Quellen nicht beweisen, vgl. Mandry II, S. 90, Note 5, Karlowa, Rechtsgeschichte II, S. 113.

Geldleistung (annuum, salarium)[24]), auch kann man sich denken, daß bei bedeutendem Pekulium und faktischer Selbstständigkeit (z. B. eigenem Domizil des Gewaltunterworfenen) der Unterhalt nicht aus dem Patrimonium bestritten wurde.

So sind die beiden zuletzt von uns betrachteten Zwecke: Dotirung und Bestreitung des eigenen Lebensunterhaltes nicht objektiv als negotia patris oder als negotia filii zu bezeichnen, es kommt vielmehr auf die im einzelnen Fall vorliegende Willensrichtung des Sohnes an: es konnte sein, daß er die betreffende Ausgaben auf Rechnung des Vaters vornahm, es war aber ebensogut möglich, daß er sie als eigenes Geschäft auffaßte. Die Entscheidung war aus den konkreten Verhältnissen und Gewohnheiten des Hauses zu entnehmen. Aehnliche Zweifel in Bezug auf die Dotirung der Tochter (ob aus dem Vermögen des Vaters oder aus ihrem bona adventicia) hat bekanntlich Justinian in c. 7 C. de dot. prom. 5, 11 entschieden.

Dagegen war Zahlung der Schulden des Sohnes, an Dritte sowohl wie an den Vater, ein objektives Pekuliargeschäft, bei welchem der animus negotium suum aut patris gerendi gar nicht zur Frage kommt, da nur eine Möglichkeit vorliegt. Umgekehrt ist Tilgung von Schulden des Vaters stets ohne Weiteres ein negotium paternum.

§ 11. Animus negotia gerendi.

Wenn der Sklave für seinen Herrn intercedirt, so kann das entweder so geschehen, daß schon durch Eingehung der Obligation durch den Sklaven das Interesse des Herrn gewahrt ist: so z. B. wenn er eine Schuld des Herrn novirt oder verbürgt. Dann hat der Sklave re ipsa, ohne daß es auf seine Absicht ankommt, ein Geschäft des Herrn geführt. In anderen Fällen (bei der surrogativen Intercession, vgl. oben § 4 S. 64) ist die Obligirung des Sklaven nicht schon durch sich selbst ein Vortheil für den Herrn, sondern nur dann, wenn der Sklave die Absicht hat,

[24]) fr. 6 § 4 de pec. leg. 33, 8, fr. 21 h. t. 15, 3, vgl. unten § 17, Note 35.

den Gegenwerth aus seiner Verpflichtung dem Herrn zukommen zu lassen. Ein Liberationsregreß des Sklaven und damit eine Versionsklage des Gläubigers entsteht nur dann, wenn der Sklave den animus negotia gerendi hatte, und zwar im Moment des Kontraktes, nicht erst im Moment der Verwendung der angeschafften Werthe (vgl. unter S. 193). Nun haben wir oben S. 76) gesehen, daß selbst dann, wenn Jemand eine Sache in der Absicht erwirbt, sie dem D zuzuwenden resp. für ihn zu verwenden, die Anschaffung nicht immer als Beginn der Geschäftsführung aufzufassen ist; sie kann ebensogut eine (auf eigene Rechnung und Gefahr vorgenommene) Vorbereitung zu der beabsichtigten und demnächst anzutretenden Geschäftsführung sein. Dann entsteht der Regreß nicht als Liberationsanspruch, sondern erst durch die Verwendung als Erstattungsforderung. Beim Sklaven und Hausſohn scheinen nun die Römer das Verhältniß im ersten Sinne aufzufassen: das Anschaffungsgeschäft ist Beginn der Geschäftsführung und geht daher auf Rechnung des Herrn (vgl. unt. § 14 Nr. 1). Das läßt sich m. E. leicht aus der Lebensstellung dieser Personen erklären: Sklaven und Hausſöhne sind die natürlichen procuratores des pater familias[1]), wollen sie für ihn eintreten und haben sie in ihrem Pekulium nicht die dazu nöthigen Mittel, so werden sie ein Darlehn nur auf Rechnung des Herrn aufnehmen und dafür sorgen, den Beweis ihres jetzt schon vorhandenen animus negotia gerendi zu sichern (vgl. oben § 9 Note 5). Damit ist zugleich für den Gläubiger das Fundament der Versionsklage gelegt. Für die auf dem animus negotia gerendi des Sklaven beruhende Version sind noch zwei weitere Punkte zu erörtern:

1. Es ist nicht erforderlich, daß die angeschaffte Sache selbst dem Vermögen des Herrn zugewendet oder in dasselbe verwendet werde. Der Sklave kann seine Geschäftsführung damit beginnen, daß er sich durch ein Kreditgeschäft die Mittel zum Erwerb der zu verwendenden Werthe verschafft; dann geht schon das Darlehn

[1]) In fr. 17 pr. h. t. wird der Sklave ohne Weiteres mit dem freien procurator gleichgestellt.

auf Rechnung des Herrn, obwohl ihm nach der Absicht des gerirenden Sklaven nicht das Geld sondern erst die dafür zu kaufenden Gegenstände zu Gute kommen sollen.

fr. 3 § 1 h. t.: in rem autem versum videtur sive id ipsum quod servus accepit in rem domini convertit, veluti si triticum acceperit et id ipsum in familiam domini cibariorum nomine consumpserit aut si pecuniam a creditore acceptam dominico creditori solverit .... sive cum servus domini negotii gerendi administrandive causa quid gessit, veluti si mutuatus sit pecuniam, ut frumentum compararet ad familiam alendam vel si ad vestiendam, sive etc. (Ulpianus).

Die Versionsfälle der zweiten Art kommen in den Quellen recht häufig vor. Mandry II, S. 468 und 490, nimmt sogar an, daß die mit Umwandlung der Sache verbundene Version im Vordergrund steht; mir erscheint im Gegentheil die (auch in fr. 3 § 1 cit. zuerst genannte) versio rei ipsius als der einfachere und deshalb normale Fall, bei dem sich auch der Beweis der Versionsabsicht leichter gestaltet, als wenn an Stelle der angeschafften Sache ein Surrogat getreten ist[2]).

2. Die Sache braucht nicht unmittelbar aus dem Vermögen des Gläubigers in das Patrimonium zu gelangen, sie kann auch durch das Pekulium durchgehen, ohne daß dadurch der Versionsbegriff ausgeschlossen wäre.

fr. 3 § 1 in f. h. t. 15, 3: sive peculiariter mutuatus

[2]) Vielleicht findet sich eine Spur einer älteren Doktrin, nach welcher es nur eine versio rei ipsius gegeben hätte, in dem von Mandry citirten (II, S. 493 und 540) aber nicht besprochenen fr. 18 h. t. 15, 3: quamvis in eam rem pro servo meo fideiusseris, quae ita contracta est, ut in rem meam versaretur (veluti si, cum servus frumentum emisset quo familia aleretur, venditori frumenti fideiusseris) propius est tamen, ut de peculio eo nomine, non de in rem verso agere possis, ut unius dumtaxat in quoquo contractu de in rem verso sit actio, qui id ipsum credidit quod in rem domini versum est (Neratius). Mit der von Ulpian fr. 3 § 1 und 10 h. t. vertretenen Ansicht ist diese Entscheidung des Neratius nicht zu vereinigen, auch läßt sie sich nicht aus dem Billigkeitsmotiv des Gaius (fr. 4 h. t.) erklären, denn ein gleichzeitiges Auftreten des Verkäufers und Bürgen ist ja nicht zu befürchten, vgl. unten § 18, Note 55.

postea in rem domini vertit: hoc enim iure utimur, ut, etiamsi prius in peculium vertit pecuniam, mox in rem domini, esse de in rem verso actio possit. (Ulpianus.)

fr. 5 § 3 eod.: placet non solum eam pecuniam in rem verti, quae statim a creditore ad dominum pervenerit, sed et quae prius fuerit in peculio. (Ulpianus.)

Mandry II, S. 484 fg. bezeichnet die beiden Fälle als direkte und indirekte Version und legt seiner Darstellung diese Unterscheidung zu Grunde. Sie ist in der That sehr wichtig, wenn auch nicht von der Bedeutung, die ihr Mandry beilegt[3]). Sie ist das genaue sklavenrechtliche Analogon zu dem im Verkehr der freien Personen anerkannten Gegensatz der direkten und indirekten Stellvertretung beim Erwerbe dinglicher Rechte: der freie procurator hat die Wahl, ob er sofort den Geschäftsherrn oder zunächst sich selbst und dann erst, durch einen zweiten (Uebertragungs)akt, den Geschäftsherrn zum Eigenthümer der erworbenen Sache machen will; der Sklave macht zwar den Herrn sofort, kraft Rechtsnothwendigkeit, zum Eigenthümer, aber es hängt vom Willen des Sklaven ab, ob die Sache in das Patrimonium oder das Sondergut kommen soll. Mit Recht behauptet Mandry II, S. 117 fg., daß wenn der Erwerb aus Mitteln des Pekulium — und dazu gehört auch die Belastung des Pekulium mit einer Schuld — gemacht wird, die Absicht für das Pekulium zu erwerben als die normale vorausgesetzt werden darf[4]). Eine abweichende, auf unmittelbare Zuwendung an das Patrimonium gehende Willensrichtung bedarf des Beweises. Aber wie läßt sich die Absicht, die der Sklave beim Erwerbe hatte, konstatiren? Kenntniß des dritten Kontrahenten darf man nicht verlangen (Mandry II, S. 121), wie ja auch der freie procurator ohne Wissen des Tradenten den Geschäftsherrn zum Eigenthümer machen kann[5]). Und doch muß

[3]) Die Unterscheidung ist nur da anwendbar, wo die Version zu einem Erwerb des Herrn führt, nicht dagegen in den Fällen, in welchen die Version auf privativer oder kumulativer Interception beruht.

[4]) Ob dieser Satz auch für das ältere klassische Recht richtig ist, darüber vgl. unten § 18, II, 1.

[5]) Windscheid, Pandekten, § 172, Note 12 und 13.

man annehmen, daß ein äußeres Kennzeichen vorhanden war, nach welchem man die für sämmtliche Pekuliargläubiger erhebliche Frage, ob der Sklave einen Erwerb für sich oder für den Herrn gemacht hatte, entscheiden konnte. Zu diesem Zwecke dienten m. E. vor Allem[6]) die Rechnungen, welche der Sklave über sein Pekulium (wie jeder pater familias) und, wenn er Herrenvermögen verwaltete, auch über dieses führte[7]).

Wenn nun der Sklave den Erwerb aus einem onerosen Rechtsgeschäfte, wie aus seinen rationes hervorgeht, sofort in das Vermögen des Herrn gebracht hat, so liegt der normale Fall der direkten Version vor. Aber auch wenn die Sache durch das Pekulium hindurch dem Herrn zu Gute kommt, so kann, wie uns Ulpian berichtet, darin eine — indirekte — Version liegen. Aber unter welchen weiteren Voraussetzungen? Ulpian sagt in fr. 5 § 3 h. t.:

> hoc autem totiens verum est, quotiens servus rem domini gerens locupletiorem eum facit nummis peculiaribus.

Mandry II, S. 527, meint, daß Ulpian mit diesen Worten das Requisit der Bereicherung hervorheben will und nimmt demgemäß indirekte Version überall an, wo ein durch Kreditgeschäft erworbener Werth ex peculio in patrimonium gekommen und der Gewalthaber nach den gewöhnlichen Grundsätzen zur Restitution oder zum Wertherſatz verpflichtet ist. Diese Theorie habe ich schon oben, § 2 S. 6 bekämpft; hier ist der Ort, der Mandry'schen Ansicht meine eigene entgegenzusetzen. Zunächst möchte ich bemerken, daß Ulpian in fr. 5 § 3 cit. nicht die Bereicherung, sondern die Geschäftsführung als Erforderniß der Version betont; darüber kann, wenn man den ganzen Text der Stelle in's Auge faßt, m. E. kaum ein Zweifel bestehen: Erhält der Herr die Sache durch Ademption oder (fr. 7 pr. h. t.) durch Schenkung, so verwirft Ulpian die Versionsklage; wird die Sache, so füge ich hinzu, vom Sklaven an den Herrn verkauft, so ist ebenfalls nicht vertirt; kommt dagegen die Sache auf dem Wege

[6]) Daneben auch noch andere Umstände, vgl. Salkowski, Sklavenerwerb, S. 52.

[7]) Vgl. Pernice, Labeo I, S. 157 fg.

der Geschäftsführung dem Herrn zu, so liegt ein versum vor. Von meinem Standpunkt aus erklären sich diese Erscheinungen folgendermaßen: aus Ademption und Schenkung entsteht keinerlei Naturalobligation des Herrn, aus Verkauf entsteht ein Naturalanspruch des Sklaven, welcher aber die Kaufsumme zum Gegenstand hat und als obligatio dandi ein gewöhnlicher Pekuliarbestandtheil ist. Die Versionsklage basirt aber, wie ich annehme, auf einem Liberationsanspruch des Pekulium, und ein solcher kann[7a]) aus Geschäftsführung hervorgehen, selbst wenn die angeschafften Werthe zunächst in's Pekulium gelangt sind. Aber die Anschaffung muß animo negotia gerendi erfolgt sein, denn nur unter dieser Voraussetzung kann der Sklave verlangen, daß ihm der Herr die Schuld abnehme[8]). Hat dagegen der Sklave den Kauf oder das Darlehen in eigenem Interesse abgeschlossen und dann mutato consilio die erhaltenen Werthe in das Vermögen des Herrn verwandt, so beruht sein Regreß auf Erogation und geht auf Erstattung des Aufwandes, eignet sich also nicht zur Grundlage einer Versionsklage.

Die Quellen enthalten über den Moment, in welchem der an. neg. gerendi vorhanden sein muß, in den wenigen Stellen, die über indirekte Version handeln, kein sicheres Resultat[9]). Nament-

[7a]) fr. 3 § 1 h t. . . . ut, etiamsi prius in peculium vertit pecuniam, mox in rem domini, esse de in rem verso actio possit.

[8]) Die herrschende Meinung begnügt sich, soweit sie überhaupt animus negotia gerendi des Sklaven zur Version verlangt, mit dem Vorhandensein dieser Absicht im Moment der Verwendung. Windscheid, Pandekten, § 483, Note 5 u. A. Dernburg, Pandekten, II, § 14 zu Note 13. Brinz, Pandekten, II, § 259 zu Note 6 und 17. Löwenfeld S. 23. Zimmermann, stellvertretende Negotiorum Gestio S. 34. In diesem Sinne auch Stephanus, Schol. 19 (Suppl. Basil. p. 241): forte servus pecunia mutua accepta ipsos nummos detinuit, ut eos in peculio haberet . . . et postea mutato consilio illam pecuniam in bona domini erogavit.

[9]) Für das Erforderniß des anfänglichen animus neg. gerendi scheint mir zu sprechen fr. 3 § 9 h. t. . . . quid tamen si is fuit servus qui solitus erat accipiens vertere? adhuc non puto nocere domino, si alia mente servus accepit aut si, cum hac mente accepisset, postea alio vertit. Also keine Versionsklage, wenn der Sklave beim Erwerb der Sache die Versionsabsicht nicht hatte, wenn er auch — füge ich hinzu — späterhin die Sache in das Patrimonium verwendet hat: denn diese Handlung vergrößert den Aktivbestand des Pekulium.

lich ist der schon citirte Ausspruch Ulpians in fr. 5 § 3 h. t. in diesem Sinne zweideutig. Die Undeutlichkeit der Quellen ist weniger auffallend, wenn man in Betracht zieht, wie sich der Beweis des animus negotia gerendi praktisch gestaltete. Bei der direkten Version ergab sich die Absicht der Geschäftsführung ohne Weiteres aus dem durch den Eintrag in die rationes konstatirbaren Erwerb für das Patrimonium. Ganz anders bei der indirekten Version: wenn wir sogar, was m. E. nothwendig ist, anfängliche Geschäftsführungsabsicht annehmen, so erfolgte doch der Erwerb äußerlich auf Rechnung des Pekulium, die innere Absicht des Sklaven war dem Gläubiger zunächst nicht erkennbar (so wenig wie z. B. der Verkäufer wissen kann, ob der Käufer für sich oder als sog. indirekter Vertreter handelt). Erst spätere Thatsachen können dem Gläubiger dazu dienen, die ursprüngliche Gestionsabsicht des Sklaven zu beweisen: wenn der Sklave die angeschafften Sachen oder ihren Werth in das Patrimonium bringt, ohne daß zwischen ihm und dem Herrn ein besonderes dahingehendes Rechtsgeschäft (Kauf, Schenkung), geschlossen wird, wenn ferner die Verwendung sich so eng an den Erwerb anschließt, daß eine Anschaffung zu Zwecken des Pekulium nicht wahrscheinlich erscheint, so sind das die Indizien, aus welchen die innere Thatsache des an. neg. gerendi, welche sich in den meisten Fällen einem direkten Beweise durch ihre Natur entzieht, gefolgert werden muß. Daß dieser Gedankengang den römischen Juristen nicht fremd war, kann man aus dem bemerkenswerthen Ausspruch Julian's in fr. 7 § 12 ad SC. Maced. 14, 6 ersehen:

> sed et si ab initio non sic accepit, verum postea in rem patris vertit, cessare senatus consultum libro duodecimo digestorum Julianus ait intellegendumque ab initio sic accepisse, ut in rem verteret.

Ich glaube, die Stelle läßt sich nur so verstehen, daß Julian den anfänglichen Gestionswillen für ein Erforderniß der Version hält, den Nachweis desselben aber unter Umständen durch die bloße Thatsache der späteren Verwendung für erbracht ansieht.

Der animus negotia gerendi muß aus den von mir angeführten Gründen, damit Liberationsregreß und Versionsklage ent-

ſtehen können, ſchon im Momente des Kontraktes vorliegen, aber er kann ſich in dieſem Zeitpunkt gewiſſermaßen als „eventuelle Abſicht" darſtellen. Ein intereſſanter Fall dieſer Art iſt uns in fr. 10 § 10 h. t. überliefert:

> idem tractat, an ex eventu possit in rem patris filius vertere, veluti si duo rei pater et filius fuerint et filius mutuatus suo nomine solvat, vel si filio iussu patris credidisti et filius creditum tibi solvisset. mihi videtur, si quidem pecunia ad patrem pervenerat, videri in rem versum: quod si non fuit et suum negotium gerens filius solvit, non esse de in rem verso actionem.

Vater und Sohn nehmen gemeinſam ein Darlehen auf mit der Abſicht, daß das Geld je nach Bedürfniß den Zwecken des Einen oder des Anderen dienen ſolle. Wer für den Anderen intercedirt iſt und daher Liberation verlangen kann, iſt zunächſt in der Schwebe und entſcheidet ſich erſt durch die Thatſache der Verwendung des (vielleicht gemeinſam deponirten) Geldes[10]).

In einem anderen Sinne „eventuell" iſt der animus neg. gerendi, wenn z. B. ein servus procurator Geld borgt, um eine Anzahl noch nicht überſehbarer Geſchäfte des Herrn zu beſorgen: er wollte urſprünglich die eine Schuld (a) des Herrn mit dem geliehenen Gelde bezahlen und entſchließt ſich dann, das Geld zur Befriedigung eines anderen plötzlich hervortretenden Gläubigers (b) zu benützen. Trotz dieſer Aenderung in der Richtung ſeines Geſtionswillens kann der Geſchäftsführer immer noch den Darlehensvertrag als Beginn ſeiner Geſtion betrachten und demgemäß Befreiung von der Darlehensſchuld (ſammt Zinſen) beanſpruchen[11]).

[10]) Anders würde m. E. die Rechtslage ſein, wenn etwa der Sohn allein ein Darlehn eingeht mit der Abſicht, das Geld unter Umſtänden zum Nutzen des Vaters zu verbrauchen. Das Darlehn wäre ein negotium filii und würde es bleiben, auch wenn er das Geld dem Vater zukommen läßt; der Sohn hätte Erſtattung des verwendeten Geldes, nicht Uebernahme der Schuld zu verlangen, denn das Darlehen iſt, trotzdem es zur Vorbereitung einer vorausgeſehenen Geſchäftsführung gedient hat, auf Rechnung des Sohnes geſchloſſen: er trägt die Gefahr des Geldes bis zur Verwendung, wie ihm auch die freie Verfügung über das Geld zuſteht.

[11]) Würde man dagegen ſagen, daß der Geſtor durch Bezahlung des

So erklärt sich, wie mir scheint, die Versionsklage in fr. 30 § 1 [12]) und fr. 32 pr. de pec. 15, 1. Der Sklave hat als procurator des Herrn ein Darlehen aufgenommen und damit einen naturalen Liberationsanspruch begründet, welcher von der Durchführung der beabsichtigten Gestion abhängig ist. Der Herr stirbt. Zweifellos kann der Sklave die Gestion fortsetzen und wenn er die Darlehensvaluta in negotia hereditaria verwendet, so entsteht Liberationsanspruch des Pekulium und Versionsklage gegen alle Erben pro rata. Aber — sagt Ulpian — wird das Geld zum Nutzen eines Erben verbraucht, so ist dieser allein Versionsschuldner. Das kann nun m. E. nur dann stattfinden, wenn in dieser Verwendung eine Fortsetzung der zu Lebzeiten des Erblassers begonnenen Geschäftsführung erblickt werden kann, z. B. der Sklave bezahlt eine Schuld, welche dem Erben A attribuirt worden ist, oder er reparirt eine Sache, die der Theilungsrichter dem A zugewiesen hat.

§ 12. Animus donandi.

Eine weitere Voraussetzung für den Regreß aus Geschäftsführung, auf welchem m. E. die Versionsklage beruht, ist der sog. animus recipiendi sive obligandi, oder richtiger gesagt: das Fehlen des animus donandi. Wer in fremdem Interesse handelt, kann zwar das Geschäft in dem Sinne zu einem eigenen machen, daß er es auf seine Kosten nimmt [1]), aber eine solche Handlungsweise ist im Allgemeinen nicht zu vermuthen, vielmehr ist es Sache des Geschäftsherrn eine Schenkungsabsicht des Geschäftsführers darzuthun und damit das Nichtvorhandensein eines Regresses zu beweisen [2]).

Gläubigers b das begonnene Geschäft (die Tilgung der Schuld a) unterbrochen und eine neue Geschäftsführung unternommen hat, so könnte man ihm nur einen Anspruch auf Erstattung der ausgelegten Summe mit gesetzlichen Zinsen vom Tage der Auslage an zubilligen.

[12]) si cum ex parte herede domini vel patris agatur, dumtaxat de peculio condemnandum, quod apud eum heredem sit, qui convenitur. idem et in rem verso pro parte, nisi si quid in ipsius heredis rem vertit.

[1]) Brinz, Pandekten, § 261, S. 231, vgl. oben § 4, S. 30.

[2]) Dernburg, Pandekten, II, § 122, Note 30. Kohler, Jahrb.

Ein, wie mir scheint, entscheidender Beweis für die Richtigkeit der „Regreßtheorie" liegt nun darin, daß derselbe an. donandi, welcher den Regreß des freien procurator ausschließt, beim geschäftsführenden Sklaven das Entstehen einer a. de in r. v. verhindert. Dies wird positiv bewiesen durch fr. 10 § 2 h. t.

> idem tractat Papinianus et si quod patrem dare oporteret, a filio sim stipulatus et ita convenerim filium, nam et hic de in rem verso fore actionem: nisi si donare patri filius voluit, dum se obligat.

Dieser Stelle gegenüber haben die Anhänger der „Bereicherungstheorie" einen schweren Stand: denn offenbar ist der Vater durch die expromissio filii befreit und darum, wenn letzterer belangt wird und aus seinem Pekulium nicht zahlen kann, auf Kosten des Gläubigers durch ein Rechtsgeschäft des Sohnes bereichert; und trotzdem soll die a. de in r. v. nicht zulässig sein! Mandry II, S. 502 sucht die Stelle in folgender Weise aus dem Wege zu räumen: Durch die schenkungshalber vorgenommene Expromission sei die Schuld zu einer materiell eigenen des Sohnes geworden, darum sei die litis contestatio aus einer solchen Schuld ein eigenes Geschäft des Sohnes und begründe keine Version[3]). Soweit bin ich mit Mandry einverstanden, aber ich sehe nicht ein, wie in dieser Erklärung eine Widerlegung der „Regreßtheorie" enthalten sein soll. Daß die durch expromissio entstandene Schuld des Sohnes eine „materiell eigene" ist, kann doch nichts anderes be-

---

f. Dogm., Bd. 25, S. 110. Thon, Arch. f. civ. Pr., Bd. 80, S. 90. Dagegen scheint Mandry, II, S. 485 und 499 den animus obligandi für ein besonderes zum an. neg. gerendi noch hinzutretendes Willenselement zu halten, m. E. mit Unrecht, denn wenn Jemand ein fremdes Geschäft wissentlich besorgt, so entsteht für ihn ein Regreß, es sei denn, daß er nachweislich hat schenken wollen.

[3]) Anders soll es sich Mandry a. a. O. und S. 497 mit der Zahlung einer solchen Schuld verhalten. Dabei soll der Sohn die Wahl haben, ob er seine eigene Schuld oder die Pekuliarhaftung des Vaters in's Auge fassen wolle; in letzterem Falle sei Version vorhanden. Ich habe mich schon oben S. 176 dagegen ausgesprochen, daß Jemand ein objektiv eigenes Geschäft durch seine Absicht bei Vornahme desselben in ein fremdes verwandeln könne.

deuten, als daß der Sohn dieser Schuld wegen keinen Regreß hat; daß er aber nicht regreßberechtigt ist, beruht eben auf dem animus donandi, welcher auch dem freien procurator die a. neg. gest. contr. entzieht[4]).

In scheinbarem Widerspruch zu fr. 10 § 2 cit. und zugleich zu fr. 7 pr. h. t. steht fr. 7 § 1 h. t.:

> et ideo et si donaverit servus domino rem peculiarem, actio de in rem verso cessabit, et sunt ista vera.
>
> § 1. plane si mutuum servus acceperit et donandi animo solvit, dum non vult eum debitorem facere peculiarem, de in rem verso actio est.

Die zweite Stelle hat den Vertretern der „Regreßtheorie" von je her Schwierigkeiten bereitet[5]). Windscheid[6]) hat sogar vorgeschlagen den Text zu ändern und zu lesen: de in rem verso actio cessat. Zu einem so verzweifelten Hilfsmittel fehlt es jedoch wie an der Berechtigung so auch an der Nothwendigkeit, denn fr. 7 § 1 cit. enthält, richtig verstanden, keinen Grund, von der durch fr. 10 § 2 h. t. so beweiskräftig gestützten Regreßtheorie

[4]) Aehnlich wie bei Mandry wird fr. 10 § 2 cit. auch von Löwenfeld S. 32 fg. in sehr weitläufiger Weise erläutert. Sonderbar und m. E. unrichtig ist die Erklärung von Brinz, Pandekten (2. Aufl.), Bd. II, § 259, Note 19: „in fr. 10 § 2 h. t. ist das Kind zwar Gerent, allein lediglich sein eigenes negotium gerirend, indem es, sich obligirend, schenkt. Zahlung einer fremden Schuld ist negotium alienum, wenn man gleich schenkend zahlt (fr. 7 § 1 h. t.) Expromission einer fremden Schuld ist ein Geschäft, das der Schuldner selbst nicht vornehmen kann, also nicht mehr negotium alienum (fr. 10 § 2 h. t.)". Dieser Ausspruch scheint mir geradezu räthselhaft zu sein: wenn expromissio wirklich nie ein neg. alienum sein könnte, so würde daraus nie eine Versionsklage entstehen, und doch wird diese Klage in fr. 10 § 2 gewährt, sofern kein animus donandi im Wege steht. Ferner: die expromissio ist in der That ein Geschäft, das der Schuldner nicht selbst vornehmen kann, aber daraus folgt doch nur, daß der Expromissor so wenig wie der Bürge den Namen eines „Stellvertreters" verdient, nicht dagegen, daß sein Eintreten kein negotium alienum, d. h. kein in fremdem Interesse vorgenommener Rechtsakt sei. Ist ja doch auch der Bürge, wenn er zu Gunsten des Hauptschuldners eintritt, zweifellos negotiorum gestor desselben.

[5]) Vgl. Mandry II, S. 501, Note 12.

[6]) Pandekten, § 483, Note 4, unter Zustimmung von Baron S. 30.

abzugehen. Ich erkläre die Stelle, im Anschluß an Ruhstrat[7]) und Dernburg[8]) folgendermaßen: Der Sklave nimmt in Interesse des Herrn ein Darlehn auf[9]) und zahlt das erhaltene Geld in die Kasse des Herrn ein[10]). Bei der Kontrahirung des Darlehens hatte der Sklave den animus negotia gerendi, gleich darauf ändert er seine Absicht und will das Geld dem Herrn als Geschenk zukommen lassen. Nichtsdestoweniger, sagt Ulpian, findet die Versionsklage statt.

Der Grund liegt in Folgendem: Die Versionsklage entsteht aus dem Regreßanspruch des Sklaven und zugleich mit diesem; der Regreß aber datirt vom Moment der Intercession (der Aufnahme des Darlehens), wenn er auch in seiner Perfektion vermöge einer condicio iuris von späteren Thatsachen abhängig ist; so kommt z. B. der Regreß nicht zur Entstehung, wenn der Sklave die Verwendung unterläßt (fr. 3 § 9 h. t.), während kasuelle Unmöglichkeit der Verwendung dem Regreßanspruch nicht schadet (fr. 17 pr. h. t.); entsprechend wird im ersten Falle die Versionsklage versagt, im zweiten gewährt. Wie steht es nun mit dem

---

[7]) Jahrb. f. Dogm., Bd. 15, S. 289 fg. Bd. 19, S. 442.

[8]) Pandekten, Bd. II, § 14, Note 13.

[9]) Es geht aus der Stelle nicht hervor, ob es sich um „direkte Version" handelt, wie Mandry II, S. 502 behauptet, oder um „indirekte Version", wie Ruhstrat, Bd. XV, S. 290 annimmt. Jedenfalls hat aber der Sklave auch in letzterem Falle den animus negotia gerendi schon im Moment seiner Obligirung; denn würde er das Darlehn für seine Zwecke aufgenommen haben, so könnte, nach dem was ich oben S. 193 ausgeführt habe, aus einer Verwendung des Geldes zwar ein Pekuliaranspruch, nicht aber eine Versionsklage erwachsen.

[10]) Brinz, Pandekten, Bd. II, § 259, Note 19 versteht das „solvit" von einer Zahlung an einen Gläubiger des Herrn und hält einen solchen Vorgang trotz der Schenkungsabsicht für eine die Versionsklage begründende Gestion, während die Einzahlung des entliehenen Geldes donandi animo keine Gestion sein soll. Es soll also die Frage, ob der Herr aus einem solchen Darlehn versionsmäßig haftet, je nach der Form, in welcher ihm die Valuta zu Gute gekommen ist, bejaht oder verneint werden. Diese Erklärung dürfte wohl kaum befriedigen. Grimm S. 86 fg. glaubt, daß Brinz die Ansicht Ulpian's richtig wiedergegeben habe, bemerkt aber, mit Recht, daß diese Ansicht auf einem offenbaren Sophismus beruhe.

animus donandi superveniens? Der Sklave will den Herrn nicht regreßpflichtig machen, oder richtiger gesagt: er will den Regreß, zu welchem schon durch die Darlehensaufnahme der Grund gelegt ist, nicht zur Perfektion bringen. Daß der Sklave, wie ein freier Geschäftsführer, diese Absicht verwirklichen kann, unterliegt wohl keinem Zweifel, fraglich kann nur sein, ob man dazu einen Erlaßvertrag, also Zustimmung des Geschäftsherrn verlangen soll[11]), oder mit Rücksicht darauf, daß es sich nicht um das Aufgeben eines fertigen Anspruchs, sondern um die Unterbrechung der Entstehung eines noch nicht perfekten Anspruchs handelt, mit einer Willenserklärung des Sklaven begnügen will.

Wenn nun der Regreß des Sklaven in seiner Entstehung gehemmt wird, wie soll dies auf die aus dem Regresse hervorgehende Versionsklage wirken? Es scheint konsequent zu sein, auch die Versionsklage zu versagen, wie sie ja auch wegfällt, wenn der Sklave durch Unterlassung der Verwendung seinen Regreß einbüßt. Allein es *scheint* nur so, denn thatsächlich liegen die Verhältnisse in beiden Fällen ganz verschieden: vergeudet der Sklave das für den Herrn entliehene Geld, so fehlen für seinen Regreß und darum auch für die Versionsklage die objektiven Voraussetzungen; nimmt dagegen der Sklave die Verwendung wirklich vor, aber animo donandi, so ist der gesammte objektive Thatbestand des Regresses und der a. de in r. v. gegeben, nur steht *ein* Hinderniß entgegen, und dieses findet sich im Willen des Sklaven. Es hinge also vom Sklaven ab, seinen Herrn vor der Versionsklage, welcher er durch die Thatsache der Verwendung ausgesetzt ist, durch einen Willensentschluß zu bewahren und zugleich das Recht des Gläubigers durch ein Wort zu vereiteln. Welcher Sklave würde seinem Herrn diesen Gefallen nicht erweisen! Freilich verliert der Sklave damit auch seinen zum Pekulium gehörenden Regreß, aber ein wirklicher Nachtheil für den Sklaven liegt darin nicht, wenn das Pekulium insolvent ist, wie das gerade dann, wenn sich der Gläubiger der a. de in r. v. bedienen möchte, meist der Fall ist. Will man aber verhindern, daß

[11]) So *Ruhstrat*, Jahrb. f. Dog., Bd. 15, S. 293.

der Sklave in dieſer Weiſe ſeinen Herrn auf Koſten des Gläubigers begünſtigt, ſo muß man, wie es Ulpian thut, die Perfektion der Verſionsklage von einer Willensänderung des Sklaven unabhängig machen: der Sklave kann zwar auf den Regreß als Beſtandtheil ſeines Pekulium verzichten, dagegen kann er das Zuſtandekommen der Verſionsklage, zu welcher die thatſächlichen Vorausſetzungen ſchon vorliegen, nicht durch bloßen Willensakt vereiteln; er kann nur auf eigene Koſten nicht auf Koſten des Gläubigers Freigebigkeit gegen ſeinen Herrn üben[12]).

Man könnte gegen dieſe Erklärung von fr. 7 § 1 h. t. einwenden wollen, daß der Sklave nach fr. 10 § 2 h. t. doch die Möglichkeit habe, durch anfänglichen animus donandi dem Gläubiger die Verſionsklage zu entziehen.

Allein es iſt doch ein Unterſchied, ob ein Anſpruch von vornherein nicht zur Entſtehung kommt, oder ob, wie das bei Wirkſamkeit eines animus don. superv. der Fall wäre, die Perfektion eines ſo gut wie vollendeten Thatbeſtandes in letzter Stunde vereitelt wird. Es kommt noch folgende praktiſche Erwägung hinzu: Der Gläubiger rechnet, wie ich oben S. 172 bemerkt habe, häufig auf die Verſionsklage und verſichert ſich zu dieſem Zwecke durch Befragen des Sklaven von deſſen an. neg. gerendi; eine Sinnesänderung des Sklaven würde, wenn ſie wirkſam wäre, in ſolchen Fällen zu einer betrügeriſchen Täuſchung des Gläubigers führen. Hat ſich dagegen der Gläubiger von vornherein auf das Pekulium verlaſſen und daher der Abſicht des Sklaven beim Vertragsſchluß nicht nachgeforſcht, ſo geſchieht ihm kein Unrecht, wenn ein ihm vielleicht unbekannter an. donandi des Sklaven das Entſtehen der Verſionsklage verhindert, auf die er gar nicht reflektirt hatte.

Bei dieſer Auffaſſung verträgt ſich fr. 7 § 1 cit. ſehr wohl mit fr. 7 pr. eod.:

> et ideo et si donaverit servus domino rem peculiarem, actio de in rem verso cessabit.

[12]) Die Verſionsklage bei animus donandi superveniens des Sklaven gehört daher unter den zweiten Fall der von Ulpian in fr. 3, § 2 h. t. aufgeſtellten Regel; vgl. oben § 3, S. 16.

Hier hat der Sklave die Sache für sich angeschafft und dann dem Herrn geschenkt. Wenn aber einmal die Sache auf eigene Rechnung des Sklaven angeschafft ist, so kann, was auch immer das spätere Schicksal der Sache sein mag, jedenfalls kein Liberationsregreß und darum auch keine Versionsklage entstehen. Allerdings ist es möglich, daß der Sklave die Sache als negotiorum gestor für den Herrn verwendet und damit für sein Pekulium einen Naturalanspruch erwirbt, aber es wird dies, da die Geschäftsführung in einer Erogation besteht, eine obligatio dandi auf Erstattung des Werthes, also eine gewöhnliche pars peculii, sein. Wenn aber vollends der Sklave die Sache verschenkt, so hat er sein Pekulium vermindert und der auf die Pekuliarklage angewiesene Gläubiger kann, wie jeder andere Pekuliargläubiger, höchstens versuchen, diese Verminderung auf Grund der clausula doli anzufechten.

§ 13. Zustimmung des Herrn.

Nicht jede zur Wahrung eines fremden Interesses vorgenommene Handlung ist für den Geschäftsherrn verbindlich. Es muß zu der hülfbereiten Absicht des Geschäftsführers eine weitere Thatsache hinzukommen: entweder das Einverständniß des Geschäftsherrn, oder in Ermangelung desselben die sog. utilitas negotii, d. h. eine so evidente Angemessenheit der Handlungsweise des neg. gestor, daß die Rechtsordnung sich über den Mangel des Konsenses hinwegsetzt.

Das Einverständniß des Herrn kann entweder den Anstoß zur Geschäftsführung gegeben haben, dann fallen die Rechtsfolgen unter die Regeln des Mandats, oder zu der vollendeten Gestion hinzutreten (ratihabitio), dann wird der Regreß vermittelst der a. neg. gestorum geltend gemacht, die sich übrigens, wenn einmal begründet, von der a. mandati in Nichts unterscheidet.

Der Wille des Herrn kann auch bei der a. de in r. v. der Geschäftsführung entweder zeitlich vorangehen oder nachfolgen. Diese beiden Möglichkeiten sind auch in der Kernstelle des ulpianischen Kommentars hervorgehoben, fr. 3 § 2 h. t.:

et regulariter dicimus totiens de in rem verso esse

actionem, quibus casibus procurator mandati vel qui negotia gessit negotiorum gestorum haberet actionem.

Die vorhergehende Zustimmung des Herrn wird in mehreren Stellen unter verschiedenem Namen als Grundlage der a. de in r. v. angeführt:

fr. 3 § 4 h. t. . . nisi forte mandatum domini aut voluntatem habuit.

fr. 3 § 6 eod. . . quod mutuatus servus domino emit volenti ad luxuriae materiam . . .

fr. 16 eod. . . . cum hi boves non essent idonei, iusserat (sc. dominus) eos venire et ex his nummis qui recepti essent alios reparari . . .

In anderen Stellen wird dagegen aus der Zustimmung des Herrn die a. quod iussu abgeleitet:

fr. 5 § 2 h. t.: quod servus domino emit, si quidem voluntate eius emit, potest quod iussu agi.

fr. 1 § 3 quod iussu 15, 4: sed et si mandaverit pater dominusve videtur iussisse.

Dieselbe Erscheinung wiederholt sich bei der nachfolgenden Zustimmung; die ratihabitio soll bald a. de in r. v. begründen:

fr. 5 § 1 h. t.: idem ait, sive ratum habeat servi contractum dominus sive non, de in rem vero esse actionem.

fr. 5 § 2 eod. . . . sin vero non ex voluntate, si quidem dominus ratum habuerit . . . de in rem verso actio erit.

Bald wird sie als Fundament der a. quod iussu genannt:

fr. 1 § 6 quod iussu 15, 4: si ratum habuerit quis quod servus eius gesserit vel filius, quod iussu actio in eos datur.

Man könnte aus diesen Stellen schließen, daß überall, wo die Version mit Zustimmung des Herrn erfolgte, die a. quod iussu mit der a. de in r. v. konkurrirte[1]). Wenn man jedoch bedenkt, wie viel vortheilhafter für den Kläger die a. quod iussu als die Versionsklage ist[2]), so kann man nur dem Ausspruche des Gaius IV, 74 zustimmen:

[1]) So Bertolini, Ratifica vol. II, p. 187 sq.

[2]) Vgl. unten § 15, S. 224.

sed nemo tam stultus erit, ut qui aliqua illarum actionum (sc. quod iussu, institoria, exercitoria) sine dubio solidum consequi possit, in difficultatem se deducat probandi habere peculium eum cum quo contraxerit . . . vel id quod persequitur in rem patris dominive versum esse.

Wenn nun trotzdem die Juristen bei Vorhandensein der Zustimmung des Herrn den Kläger auf die a. de in r. v. verweisen, so muß m. E. die Zustimmung in den betreffenden Fällen so beschaffen sein, daß sie die a. quod iussu nicht erzeugen konnte. Nun ist aber der iussus bei der a. quod iussu nach der in neuerer Zeit zur Herrschaft gelangten Ansicht eine vom Gewalthaber an den dritten Kontrahenten gerichtete Willenserklärung[3]). Hält man diese Anschauung für richtig — und sie ist, wie ich glaube, bis jetzt nicht widerlegt worden[4]) — so ergibt sich für die Fälle der

[3]) Pernice, Labeo I, S. 505. Windscheid, Pandekten, § 482 Note 6. Dernburg, Pandekten, Bd. II, § 14, Note 4. Sokolowski Mandatsbürgschaft S. 15. Der Hauptgegner der herrschenden Lehre ist bekanntlich Mandry II, S. 554 fg., der den iussus als „Ermächtigung" des Gewaltunterworfenen durch den Gewalthaber auffaßt.

[4]) Ein Argument gegen die herrschende Auffassung des iussus, das sich auch Mandry II, 596 nicht entgehen läßt, könnte am ehesten gefunden werden in fr. 10 § 2 de fidei. 46, 1: filius familias pro patre poterit fideiubere . . . sed an pater ex hac causa quod iussu teneatur videamus. et puto ad omnes contractus quod iussu etiam referri. sed si ignorante patre pro eo fideiusserit, cessat ista actio. tamen quasi in rem patris versum sit potest agi cum patre. Indessen bestätigt Ulpian in dieser Stelle nur im Allgemeinen die Zulässigkeit der a. quod iussu — die causa dubitandi lag wohl darin, daß die Verbürgung der Hausfohns für den Vater praktisch wirkungslos wird, wenn es doch zu einer Belangung des Vaters kommt — auf die Voraussetzungen der a. quod iussu geht Ulpian aber nicht näher ein: mit den Worten sed si ignorante patre fideiusserit bezeichnet er nur den Fall, in welchem diese Klage unmöglich ist; ob die bloße Kenntniß des Vaters zur Begründung der a. quod iussu genügen soll, ist nicht mit Sicherheit aus der Stelle zu entnehmen; aber selbst wenn das der Fall ist, so braucht man deswegen die scientia patris nicht mit Mandry als stillschweigendes internes Mandat aufzufassen, sondern kann (arg. fr. 16 ad SC. Mac. 14, 6) annehmen, daß Ulpian den Vater ex bona fide für verpflichtet hält, seinen Widerspruch dem Gläubiger mitzutheilen; dann wäre die scientia gleichwerthig einer an den Gläubiger gerichteten Willenserklärung.

Zustimmung des Herrn, in welchen die Versionsklage gewährt wird, die Erklärung, daß es sich um eine nicht an den Gläubiger, sondern blos an den Sklaven gerichtete Zustimmung des dominus handelt[5]). Demgemäß muß man in dem mandatum des fr. 1 § 3 quod iussu 15, 4 einen an den Gläubiger gerichteten Auftrag (mand. qualificatum) sehen und fr. 5 § 2 h. t. restriktiv interpretiren, indem man das Wort potest urgirt: „die a. de in r. v. kann stattha[b]en sc., wenn der Wille des Herrn dem Gläubiger kundgethan worden ist"; andererseits ist mandatum in fr. 3 § 4 h. t. als interner Auftrag zu deuten[6]), während voluntas in fr. 3 § 4 und 6 h. t. einen dem Sklaven nicht durch Mittheilung des Herrn, sondern anderweitig bekannten Willen bedeutet[7]). Diese Auslegung ergibt eine der Billigkeit angemessene Grenzregulirung zwischen a. quod iussu und a. de in r. v. Hat der Gläubiger beim Abschluß des Vertrags die Zustimmung des Herrn eingeholt, so ist sein Anspruch von Existenz und Umfang des Pekulium unabhängig; hat er sich dagegen nur mit dem Sklaven eingelassen, so ist er prinzipiell auf das Pekulium angewiesen und vor den übrigen Pekuliargläubigern nur dadurch bevorzugt, daß ihm an dem seiner Forderung entsprechenden Regreßanspruch des Sklaven eine Art von Aussonderungsrecht zusteht; da aber dieser Vortheil nicht aus seiner eigenen Thätigkeit, sondern aus der Natur des Liberationsregresses hervorgeht, so kann er ihm auch durch Thatsachen entzogen werden, die ohne sein Wissen und Wollen eintreten (Deduktion, Zahlung des Herrn an das Pekulium)[8]).

---

[5]) So Löwenfeld S. 46. Zimmermann, Stellvertretende Negot. Gestio, S. 36, Note.

[6]) Wie das „iubere" in fr. 16 h. t. und der „hortatus domini" in fr. 20 pr. de d. m. 4, 3, wo Labeo unter den mehreren Aktionen, an die er denkt, die a. quod iussu nicht nennt. A. M. Pernice, Labeo I, S. 507: der hortatus soll die a. quod iussu nicht begründen, weil Labeo noch am Formalcharakter des Jussus (?) festhielt.

[7]) Vgl. die von Leist S. 144 angeführten Stellen.

[8]) Warum keine a. quod iussu in fr. 20 § 1 h. t.?: servus absentis rei publicae causa pupilli servis pecuniam credidit subscribente tutore stipulatione in personam tutoris translata: quaesitum est, an adversus pupillum competat actio. respondi, si, cum in rem pupilli daretur, id in

In derselben Weise kann m. E. der scheinbare Widerspruch zwischen fr. 1 § 6 quod iussu 15, 4 und fr. 5 § 1 und 2 h. t. gelöst werden: in der ersten Stelle hat Ulpian eine dem Gläubiger mitgetheilte Genehmigung im Auge, welche den ebenfalls an den Gläubiger gerichteten iussus ersetzen kann; in fr. 5 cit. hat die Genehmigung offenbar nicht die Kraft, den Mangel des iussus auszugleichen, denn sonst würde Ulpian gewiß nicht unter Verschweigung der viel vortheilhafteren a. quod iussu den Gläubiger auf die Versionsklage verweisen; wir können daher annehmen, daß die Ratihabition in diesen Fällen ihrer Form nach dem internen Mandat entsprach, d. h. in einer an den Sklaven gerichteten Willenserklärung bestand[9]).

---

rem eius versum est et, quo magis actus servorum confirmaretur, tutor spopondit, posse nihilo minus dici de in rem verso cum pupillo actionem fore (Scaevola). Die Stipulation hat hier nur die Bedeutung, den animus negotia gerendi der Sklaven des pupillus beweisfähig zu machen, vgl. oben § 9, S. 172; daher entsteht aus ihr keine Klage, vgl. fr. 5 § 3 de n. g. 3, 5 und Pernice in Ztschr. d. Sav.-St., Bd. 13, S. 260. Aber der Vormund hat nicht nur stipulirt, er hat auch den Schuldschein unterschrieben und in fr. 1 § 4 quod iussu 15, 4 heißt es: sed et si servi chirographo subscripserit dominus tenetur quod iussu. Denn in der That ist die auf die Urkunde gesetzte Unterschrift eine an den Gläubiger gerichtete Zustimmung. Nun berichtet uns Paulus in fr. 2 pr. eod. 15, 4: si tutoris iussu servo pupilli creditum sit, puto, si ex utilitate pupilli fuerit creditum, in pupillum esse dandam actionem „quod iussit tutor". Hätte Scävola die von Paulus nicht ohne Bedenken zugelassene Formel gekannt, so hätte er den Gläubiger gewiß nicht auf die weniger sichere Versionsklage verwiesen. Darum scheint es mir höchst wahrscheinlich, daß zu Zeiten Scävola's die Befugniß des Vormundes, den Mündel bei Ertheilung des iussus zu vertreten, noch nicht anerkannt war. In auffallendem Gegensatz zu diesem Resultat steht freilich fr. 1 § 9 quod iussu 15, 4: si curatore adulescentis vel furiosi vel prodigi iubente cum servo contractum sit, putat Labeo dandam quod iussu actionem in eos quorum servus fuerit; idem et in vero procuratore. Also soll in diesem Fall der curator minoris, ja sogar der procurator, schon zur Zeit Labeo's als direkter Stellvertreter handeln können, während er doch sonst stets nur als Beistand resp. indirekter Vertreter thätig wird! Sollte nicht vielleicht Labeo blos vom curator furiosi gesprochen haben, bei welchem direkte Stellvertretung absolutes Bedürfniß war? (cf. fr. 24 de pec. 15, 1).

[9]) Mit dieser Unterscheidung zwischen interner und externer Ratiha-

In spätklassischer Zeit hat dieser Rechtszustand durch das Aufkommen der a. quasi institoria eine Aenderung erfahren. Diese Klage wurde bekanntlich gegen die Person gewährt, in deren Auftrag ein Vertrag geschlossen war. Streitig ist dabei, ob es erforderlich war, daß der Vertrag mit Bezugnahme auf den Auftrag eingegangen wurde[10]). Die Anwendbarkeit dieser neuen adjekticischen Klage auf Sklavenkontrakte wird bezeugt durch c. 6 de exerc. act. 4, 25:

> qui secutus domini voluntatem cum servo ipsius habuit contractum, ad instar actionis institoriae recte de solido dominum convenit.

Diese Stelle wird von Mandry II, S. 584 und Baron S. 195 als bedenklich bezeichnet, weil sie angeblich einen Fall behandelt, in welchem die a. quod iussu am Platz wäre. Nach der Ansicht, die ich für richtig halte, besteht diese Schwierigkeit nicht, denn die voluntas domini ist offenbar ein nicht an den Gläubiger erklärter daher zur Begründung der a. quod iussu nicht ausreichender Wille. Dagegen fällt die quasiinstitorische Klage des c. 6 cit. in das Gebiet der auf Zustimmung des Herrn beruhenden Version. Da nun die a. quasi institoria dieselben Vortheile, wie die a. quod iussu, vor der Versionsklage voraus hat, so kann eine Konkurrenz beider Klagen für den gleichen Thatbestand nicht lange bestanden haben. Ich nehme daher an, daß die a. quasi institoria, sobald sie auf Rechtsgeschäfte gewaltunterworfener Personen übertragen wurde, die Versionsklage auf dem Gebiet verdrängte, welches ihnen gemeinsam war, also entweder in allen Fällen eines internen Auftrags, oder wenigstens da, wo der Sklave diesen Auftrag (der nicht zur Mittheilung an den Gläubiger bestimmt war, denn das wäre eine Form des iussus) bei Abschluß des Vertrages dem

---

bition als Grundlage der a. de. in r. v. resp. quod iussu will ich der Frage, ob die Genehmigung bei unserer direkten Stellvertretung an den dritten Kontrahenten oder an den Vertreter gerichtet sein muß, nicht vorgreifen. Vgl. Regelsberger, Pandekten, Bd. I, § 164, Note 3.

[10]) Windscheid, Pandekten, § 482, Note 9. Dernburg, Pandekten, Bd. II, § 13, Note 13. Dazu Schloßmann, Das Kontrahiren mit offener Vollmacht 1892.

Gläubiger kundgab. Dagegen blieb, wie es scheint, das Gebiet der auf Genehmigung beruhenden Versionsklage von der Entwicklung der a. quasi institoria unberührt; hier war die a. de in r. v. die einzige dem Gläubiger zu Gebot stehende Klage. Vielleicht ist hieraus zu erklären der Ausspruch Justinian's in § 4 J. quod cum eo 4, 7: praeterea introducta est actio de peculio deque eo quod in rem domini versum erit, ut, quamvis sine voluntate domini negotium gestum erit, tamen sive quid in rem eius versum fuerit, id totum praestare debeat etc.

Wenn der Zwischensatz quamvis etc. von Gaius stammt, was schon wegen des falschen Indikativ erit zweifelhaft ist, so wäre er jedenfalls Angesichts des fr. 3 § 2 h. t. und anderer Stellen eine ungenaue Wiedergabe des Rechtszustandes der klassischen Zeit.

§ 14. Utilitas negotii.

In Ermangelung eines Auftrags oder einer Genehmigung des Herrn kann die a. de in r. v. auf die Thatsache gestützt werden, daß das Rechtsgeschäft des Sklaven ein utiliter gestum war. fr. 5 § 2 h. t.:

> quod servus domino emit, si quidem voluntate eius emit, potest quod iussu agi; sin vero non ex voluntate, si quidem dominus ratum habuerit vel alioquin rem necessariam vel utilem domino emit, de in rem verso actio erit.

Für diesen Fall sind in den Quellen folgende Rechtssätze aufgestellt:

1. Liegt es im Interesse des Herrn, daß der Sklave ein Geschäft desselben in Angriff nimmt (neg. utiliter coeptum), so wird das Entstehen der a. de in r. v. nicht dadurch gehindert, daß der Erfolg der Geschäftsführung durch zufällige Umstände vereitelt oder nachträglich zerstört wird.

> fr. 3 § 7 h. t.: unde recte dicitur, et si frumentum comparavit servus ad alendam domini familiam et in horreo dominico reposuit et hoc periit vel corruptum est vel arsit, videri versum § 8 eod.: sed et si servum domino necessarium

emisset isque decessisset vel insulam fulsisset eaque ruisset, dicerem esse actionem de in rem verso. (Ulpianus.)

fr. 17 pr. eod.: servus in rem domini pecuniam mutuatus sine culpa eam perdidit. nihilo minus posse de in rem verso cum domino agi existimavit. nam et si procurator meus in negotia mea impensurus pecuniam mutuatus sine culpa perdiderit, recte eum hoc nomine mandati vel negotiorum gestorum acturum. (Africanus.)

Dieſer Satz ſtimmt genau mit dem Rechte der negotiorum gestio überein: der Geſchäftsherr trägt die Gefahr des zu ſeinem Nutzen unternommenen und ſeinem Intereſſe entſprechenden Geſchäftes. In fr. 17 pr. cit. verweiſt überdies Afrikan ſelbſt auf die Analogie des freien procurator. Für die „Regreßtheorie" liegt hierin eines der wichtigſten Argumente: der Gläubiger macht mit der Verſionsklage den Liberationsanſpruch des Sklaven geltend, und der Sklave hat in dieſen Fällen einen auf Befreiung gerichteten Regreß, obwohl es ihm nicht gelungen iſt, dem Vermögen ſeines Herrn zu nützen. Um ſo ſchwieriger iſt es für die Anhänger der Bereicherungstheorie, den Satz, daß die Verſionsklage entſteht, obwohl die Verſion zu keinem Erfolg geführt hat, aus ihrem Prinzip abzuleiten.

Mandry II, S. 506 fg. ſucht das Vorhandenſein einer Bereicherung des Herrn zu beweiſen, indem er hervorhebt, daß in der Vornahme eines nothwendigen Geſchäftes durch den Sklaven eine Ausgabenerſparniß für den Herrn enthalten iſt. Das iſt richtig für den Moment, in welchem der Sklave die zu verwendende Sache angeſchafft hat; wenn aber die Sache vor ihrer definitiven Verwendung durch Zufall untergeht, ſo kann man, wie Mandry S. 510 ſelbſt zugibt, von einer fortdauernden Bereicherung nur dann ſprechen, wenn ſich annehmen läßt, daß auch die Sache, welche der Herr ſelbſt, in Ermangelung der Geſchäftsführung des Sklaven, angeſchafft hätte, durch Zufall untergegangen wäre. Um nun trotzdem mit den Entſcheidungen der Quellen in Uebereinſtimmung zu bleiben, ſieht ſich Mandry genöthigt, folgenden Satz aufzuſtellen: „Die Behauptung, daß das Geld in Händen des Gewalthabers nicht zu Grunde gegangen wäre, kann nicht auf-

gestellt werden, weil die Geschäftsführung der persona subiecta als durch die Sachlage geboten nicht nachträglich zurückgewiesen werden kann". Damit ist aber, wie Ruhstrat[1]) überzeugend ausführt, das Prinzip der Bereicherung thatsächlich verlassen, und es erscheint nicht gerechtfertigt, einen Anspruch, der alle Erfordernisse der a. neg. gest. contr. aufweist, als auf Bereicherung beruhend zu charakterisiren.

Für die näheren Voraussetzungen, unter welchen die blos angefangene Geschäftsführung, ohne Rücksicht auf den Erfolg, die Versionsklage erzeugen kann, müssen die bekanntlich bestrittenen Grundsätze der negotiorum gestio gelten, da m. E. die a. de in r. v. nichts anderes ist, als der durch den Gläubiger ausgeübte Regreß des Sklaven. Mir scheint die von Ruhstrat[2]) mehrfach hervorgehobene Unterscheidung, ob der Herr sein Vermögen selbst verwaltet oder daran durch Abwesenheit oder andere Umstände verhindert ist, den Verhältnissen zu entsprechen, obwohl diese Verschiedenheit des Thatbestandes in den Quellen nicht mit der wünschenswerthen Deutlichkeit ausgesprochen ist: Im letzteren Falle wird man berechtigt sein, schon die Inangriffnahme der Verwaltung durch den Sklaven als ein utiliter gestum zu bezeichnen[3]), im ersteren Falle dagegen werden die Umstände meist so liegen, daß der Sklave keine genügende Veranlassung hatte, sich eines Geschäftes des Herrn anzunehmen; er wird daher nur das anrechnen können, was er mit Erfolg für ihn verwendet hat, nicht dagegen die Verluste, die er bei mißglückten Versuchen der Geschäftsführung erlitten hat.

In der konsequenten Anwendung der Grundsätze der negotiorum gestio geht Ulpian soweit, daß er den Herrn für dieselbe nicht zum Effekt gekommene Anschaffungshandlung des Sklaven doppelt haften läßt:

[1]) Jahrb. f. Dogm., Bd. 19, S. 422 fg.

[2]) Mit Beziehung auf die a. de in r. v. in Jahrb. f. Dogm., Bd. 15, S. 294 fg.

[3]) Es sei denn, daß der Sklave das betreffende Geschäft, z. B. Anschaffung der Sache oder des Geldes, auf eigene Rechnung zum Zwecke der Vorbereitung für die in's Auge gefaßte Geschäftsführung abgeschlossen hat, vgl. oben § 4, S. 77 fg.

fr. 3 § 10 h. t.: si mutuatus sit pecuniam servus ad vestem comparandam et nummi perierint, quis de in rem verso agere possit, utrum creditor an venditor? puto autem, si quidem pretium numeratum sit, creditorem de in rem verso acturum et si vestis perierit: si autem non fuit pretium solutum, ad hoc tamen data pecunia, ut vestis emeretur, et pecunia perierit, vestis tamen familiae divisa est, utique creditorem de in rem verso habere actionem. an et venditor habeat, quia res eius pervenerunt in rem domini? ratio hoc facit, ut teneatur: unde incipit dominus teneri ex una causa duobus. proinde et si tam pecunia quam vestis periit, dicendum erit utrique dominum teneri, quoniam ambo in rem domini vertere voluerunt,

die von den Kompilatoren recipirte Entſcheidung des Gaius

fr. 4 h. t.: sed dicendum est occupantis meliorem condicionem esse debere: nam utrisque condemnari dominum de in rem verso iniquum est

iſt eine ausdrücklich auf Billigkeit gegründete Abweichung von dem im Uebrigen anerkannten Grundſatz, über deſſen Berechtigung man ſehr wohl im Zweifel ſein kann, wenn man bedenkt, daß derſelbe Nachtheil (doppelte Zahlung für eine nicht zur Verwendung gekommene Sache) auch den Geſchäftsherrn treffen kann, für welchen ein freier procurator in der von Ulpian geſchilderten Weiſe mit unglücklichem Erfolge eingetreten iſt[4]).

2. Wenn die nützlich begonnene Geſchäftsführung durch Willensentſchluß des Sklaven unterbrochen und die angeſchafften Werthe zu eigenem Nutzen des Sklaven verwendet werden, ſo kommt der Regreßanſpruch des Sklaven und daher auch die a. de in r. v. nicht zur Perfektion.

fr. 10 § 4 h. t.: in rem autem versum videtur, prout aliquid versum est. proinde si pars versa est, de parte erit actio.

fr. 3 § 9 eod.: sed si sic accepit quasi in rem domini verteret nec vertit et decepit creditorem, non videtur versum

---

[4]) Löwenfeld S. 41 (vgl. unten § 18 a. E.).

nec tenetur dominus, ne credulitas creditoris domino obesset vel calliditas servi noceret. quid tamen si is fuit servus qui solitus erat accipiens vertere? adhuc non puto nocere domino, si alia mente servus accepit aut si, cum hac mente accepisset, postea alio vertit. curiosus igitur debet esse creditor, quo vertatur.

§ 4 b. I. quod cum eo 4, 7: itaque si ex decem ut puta aureis, quos servus tuus a Titio mutuos accepit, creditori tuo quinque aureos solverit, reliquos vero quinque quolibet modo consumpserit, pro quinque quidem in solidum damnari debes, pro ceteris vero quinque eatenus, quatenus in peculio sit.

Ebenso kommt die a. de in r. v. nicht zu Stande, wenn die angeschafften Werthe durch Schuld des Sklaven untergehen (arg. fr. 17 pr. h. t. verb. sine culpa). Beides erklärt sich vollkommen aus dem Rechte der negotiorum gestio. Daß der Sklave die begonnene Geschäftsführung unterbricht, um das Angeschaffte für sich zu verwenden, oder daß er den Erfolg der Gestion durch seine Schuld vereitelt, kann noch die weitere Folge haben, daß er daraus dem Herrn schadensersatzpflichtig wird, d. h. den Herrn zur Deduktion berechtigt. Jedenfalls aber verliert er den im Entstehen begriffenen Regreß, und damit fällt auch die Versionsklage dahin, da sie m. E. nur auf dem Regresse beruht. Daß die Versionsklage in einem anderen Falle, bei animus donandi superveniens, zu Stande kommt, obwohl der Regreß des Sklaven nicht in's Leben tritt, beruht, wie oben (S. 200) gezeigt, auf der eigenthümlichen Gestaltung der Rechtslage.

3. War die Uebernahme der Geschäftsführung durch den Sklaven ein utiliter gestum, so muß der Herr das Geschäft auf seine Rechnung nehmen, wie wenn er Auftrag dazu gegeben hätte: er muß dies, wie wir oben (S. 208 fg.) gesehen haben, selbst wenn der Erfolg ausgeblieben ist; er muß es auch in vollem Umfange thun, d. h. dem Sklaven die gesammte Verbindlichkeit, welche dieser in angemessener Weise eingegangen hat, abnehmen. Nun kann es aber vorkommen, daß die Geschäftsführung des Sklaven durch die Umstände nicht gerechtfertigt war, daß sie aber

doch eine Vermehrung des Herrenvermögens bewirkt hat, z. B. der Sklave erwirbt für den Herrn eine Sache, welche dieser nicht braucht, die aber einen Geldwerth repräsentirt; hätte der Sklave zu einem solchen Zwecke Geld geliehen und dasselbe, wenn auch kasuell, verloren, so könnte er diesen Verlust nicht auf den Herrn abwälzen, weil der Herr die Gefahr einer durch die Umstände nicht gerechtfertigten Einmischung in seine Angelegenheiten nicht zu tragen braucht. Ist aber einmal durch die, wenn auch überflüssige Thätigkeit des Sklaven das Herrenvermögen vergrößert, so wird dem Sklaven ein, wenn auch inhaltlich modifizirter, Regreß und daher dem Gläubiger eine a. de in r. v. nicht versagt. So sagt Ulpian in fr. 5 § 2 h. t.: si rem necessariam vel utilem domino emit (sc. servus), de in rem verso actio erit. Genauer spricht er sich über den Unterschied beider Fälle aus in fr. 5 pr. eod.:

> si res domino non necessarias emerit servus quasi domino necessarias, veluti servos, hactenus videri in rem eius versum Pomponius scribit, quatenus servorum verum pretium facit, cum, si necessarias emisset, in solidum quanto venissent teneretur.

Vom Ankauf einer res non necessaria sed utilis handelt wohl auch fr. 12 h. t.:

> si fundum patri dominove emit servus vel filius familias, versum quidem esse videtur, ita tamen ut, sive minoris sit quam est emptus, tantum videatur in rem versum quanti dignus sit, sive pluris sit, non plus videatur in rem versum quam emptus est,

denn der Kauf eines Grundstücks wird doch wohl nur in den seltensten Fällen für ein nothwendiges Geschäft gelten können.

Es wird also, da die Geschäftsführung in diesen Fällen nicht schon durch ihre Inangriffnahme, sondern erst durch ihren Erfolg sich als utiliter gestum erweist, auch die Haftung des Herrn nach diesem Erfolg bemessen, d. h. auf die wirklich eingetretene Bereicherung beschränkt[5]). Eine wesentlich gleiche, wenn auch formell

[5]) Innerhalb dieser Schranken bleibt aber der Regreß des Sklaven

anders lautende Entscheidung geben die Römer für den Fall, daß die angeschaffte res utilis in einem Forderungsrechte besteht:

fr. 3 § 5 h. t.: idem Labeo ait, si servus mutuatus nummos a me alii eos credidit, de in rem verso dominum teneri, quod nomen ei adquisitum est: quam sententiam Pomponius ita probat, si non peculiare nomen fecit, sed quasi dominicae rationis. ex qua causa hactenus erit dominus obligatus, ut, si non putat sibi expedire nomen debitoris habere, cedat creditori actionibus procuratoremque eum faciat.

Offenbar ist die Alternative zwischen Bezahlung der geliehenen Summe und Abtretung der erworbenen Forderung nichts Anderes, als ein Mittel juristischer Technik, durch welches die Beschränkung der Haftung da, wo der Betrag der Bereicherung schwer abzuschätzen ist, in praktischer Weise realisirt wird: statt den Richter entscheiden zu lassen, ob die Forderung dubiös ist und zu welchem Werthe sie in diesem Fall anzusetzen ist, überträgt man diese Untersuchung dem durch sein eigenes Interesse am besten geleiteten Beklagten[6]). Diese Erwägungen müssen dazu führen, dem Herrn auch in Bezug auf eine für ihn angeschaffte res non necessaria ein Heimschlagungsrecht zu gewähren; es ist vielleicht nur Zufall,

---

auf Liberation gerichtet; denn die Aufopferung, für die er, weil die Geschäftsführung nicht nothwendig war, nur theilweisen Ersatz verlangen kann, besteht ja nicht in einer Erogation, sondern in einer Belastung, welche der Herr bis zum Betrag seiner eigenen Bereicherung, dem Pekulium abzunehmen hat. Darum dient der Regreß des Sklaven auch hier nicht zur Vergrößung des Pekulium, sondern als Grundlage der Versionsklage.

[6]) In diesem Sinne verstehe ich die Bemerkung des Pomponius in fr. 3 § 1 h. t.: in rem autem versum videtur . . . si pecuniam a creditore acceptam dominico creditori solverit; sed si erravit in solvendo et putavit creditorem eum qui non erat, aeque in rem versum esse Pomponius libro sexagensimo primo ait, quatenus indebiti repetitionem dominus haberet. Der Herr haftet, da die Bezahlung einer Nichtschuld jedenfalls ein neg. non necessarium ist, nur bis zum Werthe, den die cond. indebiti für ihn hat, d. h. er kann sich, wie derselbe Pomponius in fr. 3 § 5 h. t. ausführt, durch Cession dieser Klage von der a. de in r. v. befreien. Anders und m. E. unrichtig wird die Stelle erklärt von Löwenfeld S. 43 fg.

daß dieſes Recht in fr. 5 pr. und fr. 12 cit. nicht erwähnt iſt. Vielleicht aber war die Ueberlaſſung der Forderung an Stelle der Zahlung ihres Werthes nur mit Rückſicht auf die beſondere Unſicherheit der Abſchätzung von Forderungen geſtattet[7]) und die Heimſchlagung körperlicher Sachen, die einen mehr oder minder leicht konſtatirbaren Geldwerth haben, nicht zuläſſig. Für den Gläubiger konnte es u. U. erwünſchter ſein, den Kaufpreis wenn auch nicht in vollem Betrage, zu erhalten (die Differenz konnte er immer noch bekommen, wenn das Pekulium wieder ſolvent wurde), als die Sache zurückzunehmen, für die er vielleicht keine Verwendung mehr hatte.

Wenn freilich der dem Herrn verſchaffte Nutzen ſo beſchaffen war, daß man ihn nicht als Erhöhung des Geldwerths des Vermögens auffaſſen konnte (z. B. impensae voluptuariae, auf eine nicht zum Verkauf beſtimmte Sache des Herrn), dann blieb nichts Anderes übrig, als den Regreß des Sklaven und damit die Verſionsklage in der Form eines ius tollendi zu gewähren.

fr. 3 § 4 h. t.: sed si mutua pecunia accepta domum dominicam exornavit tectoriis et quibusdam aliis, quae magis ad voluptatem pertinent quam ad utilitatem, non videtur versum, quia nec procurator haec imputaret, nisi forte mandatum domini aut voluntatem habuit. nec debere ex eo onerari dominum, quod ipse facturus non esset. quid ergo est? pati debet dominus creditorem haec auferre sine domus videlicet iniuria, ne cogendus sit dominus vendere domum, ut quanti pretiosior facta est, id praestet.

Will der Herr die Wegnahme nicht geſtatten, ſo wird ſeine Weigerung wohl als Genehmigung der Geſtion aufzufaſſen ſein, wenn nicht die exceptionelle Befugniß des fr. 38 de r. v. 6, 1:

constituimus vero, ut, si paratus est dominus tantum dare quantum habiturus est possessor his rebus ablatis, fiat ei potestas,

auch auf die Verſionsklage zu übertragen iſt.

[7]) Auch bei der a. de peculio wird die Abſchätzung der zum Pekulium gehörenden Forderungen durch ihre Abtretung erſetzt. fr. 51 de pec. 15, 1.

Ich bin bisher davon ausgegangen, daß das negotium non necessarium des Sklaven eine Vergrößerung des Patrimonium herbeigeführt hat. Wir müssen noch die Voraussetzungen, unter denen dies Resultat eintreten kann, etwas näher untersuchen, zumal die Rechtslage beim geschäftsführenden Sklaven anders ist, als wenn es sich um einen gewaltfreien negotiorum gestor handelt. Der freie procurator kann das Vermögen des Geschäftsherrn ohne dessen Betheiligung nur auf dem Wege der Verwendung vergrößern, nicht dagegen durch Zuwendung: will er dem Geschäftsherrn eine Forderung verschaffen, so muß er sie in seiner eigenen Person begründen und dann cediren; will der procurator eine Sache für den Geschäftsherrn kaufen, so bedarf es, wenn er sie in eigenem Namen erwirbt, einer Tradition, wenn er sie als direkter Vertreter in Empfang nimmt, der Genehmigung des Herrn. Immer hat also der Geschäftsherr die Möglichkeit, die utilitas des ihm angebotenen Erwerbes zu prüfen. Kann er die Sache nicht brauchen (und war die Anschaffung kein negotium necessarium), so weist er sie zurück, und der Geschäftsführer bleibt ohne Regreß. Nicht ebenso verhält es sich, wenn der Geschäftsführer ein Sklave ist. Wir müssen unterscheiden:

a. Bei direkter Version erwirbt der Sklave der Regel nach für den Herrn, ohne daß Wissen oder Willen desselben erforderlich wäre[8]). Diese Regel bezieht sich auf den Erwerb von Forderungen und von Eigenthum, wenn letzterer Erwerb auf dem Wege der mancipatio erfolgte. Daher ist in den oben citirten Stellen der Herr durch die ohne genügende Veranlassung angeschafften Forderungen und Sachen[8a]) bereichert. Eine Ausnahme besteht bekanntlich für den Besitzerwerb; hier ist Wissen des Herrn erforderlich[9]). Vom Besitzerwerb ist aber nach herrschender Lehre[10])

[8]) Mandry I, S. 130.

[8a]) Die angeschaffte Sache ist in fr. 5 pr. h. t. ein Sklave, in fr. 12 h. t. ein Grundstück, also jedesmal eine res mancipi.

[9]) Mandry I, S. 78.

[10]) Vgl. Windscheid, Pandekten, § 148, Nr. 3: „Unter gewissen Voraussetzungen (Tradition) gewährt der juristische Besitz Eigenthum". Der auf den ersten Blick selbstverständlich scheinende Satz, daß Tradition Eigenthumserwerb durch Besitzerwerb sei, hat seine stärkste Stütze in fr. 20 § 2

der Eigenthumserwerb an res nec mancipi abhängig. Diese Sachen könnten daher nicht ohne Zustimmung des Herrn in das Patrimonium kommen[11]). Wollte er sie, als unnütz, nicht haben, so würden sie dem Gläubiger verbleiben, und eine Versionsklage könnte nicht statthaben. Der Gläubiger könnte aber den Kaufpreis (gegen Ueberlassung der Sache) de peculio einklagen.

Neuerdings ist Salkowski[12]) der herrschenden Lehre, wie ich glaube, mit vollem Rechte entgegengetreten; aus den von ihm angeführten Stellen[13]) ergibt sich, daß, wenn ein Sklave eine Sache

---

de a. r. d. 41, 1: . . quia placet per liberam personam omnium rerum possessionem quaeri posse et per hanc dominium. Aber dieser Zusatz wird einigermaßen verdächtig durch § 5 I. per quas pers. 2, 9: . . per liberam personam . . . placet non solum scientibus sed etiam ignorantibus vobis adquiri possessionem secundum divi Severi constitutionem et per hanc possessionem etiam dominium, si dominus fuit qui tradidit, vel usucapionem aut longi temporis praescriptionem, si dominus non sit. Die constitutio Severi (1 C. de adquir. p. 7, 32) spricht nur von Besitz und Ersitzung, nicht von Eigenthumserwerb durch Tradition.

[11]) Vgl. Schloßmann: Besitzerwerb durch Dritte S. 141, Note 14: „Wir stehen hier vor der merkwürdigen Erscheinung, daß ein Sklave invito domino zwar durch Mancipation erwerben kann, nicht aber durch Tradition". Aus Mandry's Darstellung (Bd. I, S. 78, S. 80 unten, vgl. auch Bd. II, S. 128 oben) geht nicht mit Sicherheit hervor, ob das, was er vom Besitzerwerb nomine domini aussagt, auch vom Eigenthumserwerb durch Tradition gelten soll.

[12]) Sklavenerwerb S. 34 fg. Auseinanderfallen von Eigenthums- und Besitzerwerb bei der Tradition wird auch von Klein, Sachbesitz S. 464 für den liber homo b. f. serviens angenommen.

[13]) Namentlich fr. 46 de iure d. 23, 3, fr. 21 pr. de a. r. d. 41, 1, fr. 19 de solut. 46, 3, fr. 15 de Publ. 6, 2, fr. 10 de donat. 39, 5: absenti sive mittas, qui ferat, sive quod ipse habeat sibi habere eum iubeas, donari recte potest. sed si nescit rem, quae apud se est, sibi esse donatam, vel missam sibi non acceperit, donatae rei dominus non fit, etiamsi per servum eius, cui donabatur, missa fuerit, nisi ea mente servo eius data fuerit, ut statim eius fiat. Letztere Stelle wird von Burckhard, Schenkungsannahme S. 48, m. E. richtig interpretirt, und dabei ohne Weiteres angenommen, daß der Eigenthumserwerb ohne Willen des Herrn erfolgt. Ebenso Eisele, Ztschr. d. Sav.-Stift., Bd. XIII, S. 155 („da doch sonst der Sklave dem Herrn schlechtweg erwirbt"), der übrigens, wie ich glaube, zu Unrecht den Schlußsatz nisi ea mente etc. für interpolirt

für das Patrimonium erwarb, das Eigenthum des Herrn, wie beim Pekuliarerwerb, sofort entstand, und nur die Besitzfolgen (Interdikte und Ersitzung) nicht eintraten, so lange es an dem Wissen des Herrn fehlte. Ist dem so, dann führt auch die Anschaffung einer unnützen res nec mancipi zu einer Vergrößerung des Patrimonium und es entsteht, ebenso wie bei Mancipation und Forderungserwerb, eine auf die Bereicherung beschränkte Versionsklage.

b. Bei indirekter Version gelangt die Sache zwar auch in das Eigenthum des Herrn, aber nicht in das „Patrimonium", sondern in das Pekulium. Wissen und Willen des Herrn ist auch beim Erwerb von Besitz (und Eigenthum durch Tradition) nicht erforderlich[14]). Aber zur Perfektion der Version bedarf es eines weiteren Vorganges, durch welchen der angeschaffte Werth in das Herrengut gebracht wird. Dieser Vorgang kann wiederum entweder Verwendung oder Zuwendung sein. In letzterem Falle ist, nach Analogie der „civilis causa" Zustimmung des Herrn unentbehrlich. Wird sie verweigert, so entsteht keine Vergrößerung des Patrimonium, daher kein Regreß und deshalb auch keine Versionsklage. Die inutiliter angeschafften Werthe verbleiben vielmehr Bestandtheile des Pekulium.

Es ergibt sich hieraus, daß eine nicht nothwendige Geschäftsführung, auch wenn sie von einem Sklaven vorgenommen ist, nicht immer zu einer Bereicherung des Geschäftsherrn führt, sondern u. U. ganz ohne Wirkung auf dessen Patrimonium bleiben kann.

Auf den Fall der indirekten Version bezieht sich m. E. der Ausspruch Ulpians in fr. 5 § 2 h. t.:

> quod servus domino emit, si quidem voluntate eius emit, potest quod iussu agi; sin vero non ex voluntate, si quidem dominus ratum habuerit vel alioquin rem necessariam vel utilem domino emit, de in rem verso actio erit; si vero nihil eorum est, de peculio erit actio.

hält. — fr. 108 § 1 de leg. I scheint mir nicht beweisend zu sein, weil man bei Schenkungen an den Sklaven doch wohl Pekuliarerwerb voraussetzen muß.

[14]) Mandry, II, S. 129.

Würde die ohne Nutzen für den Herrn angeschaffte Sache in das Patrimonium gelangt sein, so würde, wie wir oben S. 213 gesehen haben, die Versionsklage, beschränkt auf das Maß der Bereicherung, am Platze sein. Hier dagegen ist der Gläubiger auf die Pekuliarklage angewiesen, wie mir scheint, deshalb, weil der Sklave die Sache auf dem Wege der indirekten Version zunächst in sein Pekulium gebracht, und der Herr die Uebernahme der für ihn überflüssigen Sache in das Patrimonium ausgeschlagen hat[15]).

§ 15. Inhalt der Versionsklage.

Die Versionsklage beruht nach meiner Auffassung auf dem aus der Geschäftsführung des Sklaven hervorgehenden Liberationsanspruch. Ihr Inhalt bestimmt sich daher einerseits, wie wir in §§ 9—14 gesehen haben, nach den Regeln der Geschäftsführung (Mandat, ratihabitio und necessitas negotii geben vollen Regreß, während bei einem negotium non necessarium der Regreß auf die Bereicherung beschränkt ist), andererseits nach der animo negotia gerendi vom Sklaven übernommenen Obligation, von welcher der Herr ihn zu befreien verpflichtet ist. Wenn der Sklave unbeschränkt regreßberechtigt ist, so hat der Herr actione de in rem verso genau soviel zu leisten, als der Sklave, wenn er frei wäre, dem Gläubiger schulden würde. Der de in rem verso belangte Herr ist, was den Inhalt seiner Verpflichtung anbetrifft, genau in derselben Lage, wie ein Geschäftsherr, welcher seiner Liberationspflicht dadurch genügt, daß er an Stelle seines freien procurator die Klage des Gläubigers auf sich nimmt[1]). Mehr als das, wozu

[15]) Nimmt man an, daß bei direkter Version auch der Eigenthumserwerb durch Tradition nicht ohne Kenntniß des Herrn erfolgen konnte, so wäre bei fr. 5 § 2 cit. auch an den Fall zu denken, daß der Sklave unnöthige res nec manc. direkt für den Herrn anschafft. Lehnt der Herr den Erwerb ab, so hat der Sklave keinen Regreß, und der Gläubiger ist auf die Pekuliarklage angewiesen. Fraglich wäre dabei, ob die Sache dem Gläubiger verbleibt, oder an das Pekulium fällt.

[1]) Beruht die Version auf dem Rechtsgeschäft eines filius familias so ist es für den Gläubiger gleichgültig, ob er den Vater de in rem verso belangt, oder gegen den Sohn klagt, und der Vater als defensor auftritt fr. 19 § 1 de pact. 2, 14: item si filius familias pactus fuerit ne a se pe-

sich der Sklave verpflichtet hat, braucht der Herr keineswegs zu leisten; ob er die Schuld des Sklaven in vollem Umfange zahlen muß, hängt von der Utilität der Geschäftsführung ab.

Die inhaltliche Abhängigkeit der Versionsklage von dem, was der Sklave dem Gläubiger schuldet, tritt besonders deutlich hervor in der Frage nach der Verzinsung der verwendeten Summe. Darüber sagt fr. 10 § 5 h. t. Folgendes:

> sed utrum in sortem dumtaxat tenebitur dominus an et in usuras? et si quidem promisit usuras (sc. servus), Marcellus libro quinto digestorum scribit dominium praestaturum. sed si non sint promissae, utique non debebuntur, quia in stipulatum deductae non sunt. (Ulpianus.)

Der Herr muß die Zinsen zahlen, weil er naturaliter verpflichtet ist, den Sklaven von der in Führung der Geschäfte (utiliter) eingegangenen Zinsverpflichtung zu liberiren[2]). Vom Standpunkt der Bereicherung aus müßte man den Nachweis verlangen, daß der Sklave durch Aufnahme des zinsbaren Darlehens dem Herrn genau denselben Betrag an Zinsen erspart hätte, also die Versionsklage verweigern, wenn der Herr eigenes nicht zinstragendes Geld verwendet hätte. Von einer solchen Untersuchung weiß jedoch Marcellus und Ulpian nichts[3]).

---

tatur, proderit ei et patri quoque, si de peculio conveniatur (fr. 20) vel de in rem verso, vel si quasi defensor filii, si hoc maluerit, conveniatur. Lenel, Paling. Gaius 61, vermuthet Interpolation und denkt an den Adoptivvater des Arrogirten. Mir scheint die Stelle auch ohne diese Annahme einen guten Sinn zu ergeben: klagt der Gläubiger aus einem Versionsgeschäft gegen den Sohn, so kann der Vater, statt die a. iudicati de in r. v. abzuwarten, den Prozeß lieber selbst übernehmen.

[2]) cf. fr. 12 § 9 mand. 17, 1 . . . sed et si reum usuris non relevavit, ipsi autem et usurae absunt, vel si minoribus relevavit, ipse autem maioribus faenus accepit, ut fidem suam liberaret, non dubito debere eum mandati iudicio et usuras consequi cf. fr. 18 § 4 de n. g. 3, 5.

[3]) Wenn Mandry II, 539 und 541 die Entscheidung des fr. 10 § 5 h. t. als Argument gegen die Regreßtheorie verwendet, so beruht das auf der zweifellos irrigen Vorstellung, daß der Geschäftsherr einem freien Geschäftsführer, welcher das verwendete Geld zinslos entliehen hätte, Zinsen schulden würde, vgl. dagegen Ruhstrat, Jahrb. f. Dogm., Bd. 19, S. 439 fg.

In fr. 10 § 5 cit. iſt nur von ſtipulirten Zinſen die Rede, aber offenbar nur deshalb, weil es ſich um ein Darlehen handelt. Wenn der Sklave eine Sache für den Herrn kauft, ſo können die actione venditi geſchuldeten Zinſen des Kaufpreiſes gewiß mit der Verſionsklage gefordert werden, weil auch hier eine utiliter übernommene Verpflichtung des Sklaven vorliegt[4]).

Nicht ſo zweifellos iſt es, ob die Verſionsklage auch Verzugszinſen erfaſſen kann. Dieſe Frage wird in fr. 32 § 3 de usuris 22, 1 aufgeworfen, die Antwort iſt aber offenbar durch Kürzung der Stelle ſeitens der Kompilatoren weggeblieben[5]). Mandry II, S. 539 nimmt unbedenklich an, daß der Herr für den Verzug des Sklaven mit der Verſionsklage (bis zum Betrage der Bereicherung) hafte. M. E. iſt das nur dann der Fall, wenn dem Sklaven als Geſchäftsführer kein Vorwurf aus ſeinem Verzug gemacht werden kann, z. B. wenn der Herr ihm rechtzeitige Deckung in Ausſicht geſtellt hatte. War dagegen der Sklave als negotiorum gestor in Abweſenheit des Herrn eingetreten, ſo war es ſeine Pflicht für die Zahlung der eingegangenen Verbindlichkeiten zu ſorgen (nöthigenfalls durch ein weiteres auf Rechnung des Herrn aufgenommenes Darlehn); hat er dies verſäumt ſo ſind die höheren Verzugszinſen, die ihn treffen, keine nützlichen Aufwendungen für den Herrn, ſondern die Folgen ſeines eigenen Verſchuldens. Daher kein Regreß und keine Verſionsklage[6]).

Daß die Verſionsklage ihre Maximalgrenze in dem Betrage findet, welchen der Sklave dem Gläubiger ſchuldet, hat ſie mit allen adjektiviſchen Klagen gemein. Dieſes Verhältniß findet ſeinen

---

[4]) In fr. 6 pr. de usuris 22, 1 ſehe ich mit der herrſchenden Lehre, Windſcheid, Pand., § 259, Note 7, Mandry II, S. 309, eine Beweisvermuthung dafür, da der Sklave dem Gläubiger Zinſen ſchuldig geworden iſt.

[5]) quid ergo: si et filius familias et pater ex persona eius teneatur, sive iussu eius contractum est sive in rem versum est patris vel in peculium. et si quidem pater dumtaxat (sc. de peculio, vgl. Mandry II, S. 267. Baron S. 68) convenietur, ex mora sua non tenetur . . . . . quod si filius moram fecerit, tunc actor vel cum ipso in solidum vel cum patre dumtaxat de peculio habebit.

[6]) Vgl. oben § 5 Note 23.

prägnanten Ausdruck in der Formel[7]): Die intentio enthält die (fingirte) Verpflichtung des Sklaven, die condemnatio den Hinweis auf die Version, d. h. auf die Thatsache, welche den Herrn verpflichtet, die Schuld des Sklaven über das Pekulium hinaus zu zahlen. Diese Thatsache ist aber, wie ich annehme, eine naturale Liberationspflicht des Herrn, deren Voraussetzungen ex civili causa zu beurtheilen sind.

Das Klagfundament des Gläubigers ist ein Doppeltes: er muß die Schuld des Sklaven beweisen, und außerdem die auf Mandat oder negotiorum gestio beruhende Liberationspflicht des Herrn. Man kann daher die Versionsklage sehr wohl, wie Labeo und Ulpian in fr. 7 § 4 h. t. thut, als ex empto actio bezeichnen, und dabei doch der Meinung sein, daß ihr die naturale obligatio mandati sive negot. gestorum des Herrn zu Grunde liegt. Den Widerspruch, den Mandry II, S. 474 und Löwenfeld S. 8 in diesem gleichzeitigen Hervorheben des Kontrakts des Sklaven und seiner Geschäftsführung finden, muß ich entschieden bestreiten: daß der Gläubiger überhaupt etwas zu verlangen hat, ist eine Wirkung der emptio venditio, darum kann man sagen: „er klagt aus dem Kauf" (denn hätte er nicht verkauft, sondern z. B. ein Darlehen gegeben, so hätte er eine andere Leistung zu fordern); aber der Kauf war zugleich eine Geschäftsführung des Sklaven für den Herrn und hat diesen liberationspflichtig gemacht. Wäre der Sklave ein freier Mann, so würde seine Kaufschuld und sein Liberationsanspruch in keine nähere Beziehung zu einander treten: Der Käufer würde sich an den Prokurator halten, und diesem bliebe es überlassen seinen Regreß zur Geltung zu bringen. Nun ist aber der Prokurator ein Sklave: seine Person ist dem Gläubiger entzogen, dafür hat der Gläubiger Anspruch auf das Pekulium, er kann die Naturalansprüche des Sklaven gegen den Herrn zu seiner Befriedigung mittelst der a. de pec. heranziehen. Zufällig (d. h. ohne daß der Gläubiger es zu wissen braucht und ohne daß er es durch seine Thätigkeit bewirken kann) findet sich unter den Naturalansprüchen des Sklaven ein solcher, der Be-

[7]) Lenel, Edictum perp. p. 225.

freiung des Pekulium, d. h. Zahlung der Kaufschuld an den Gläubiger zum Inhalt hat. Dieser Anspruch des Sklaven kann nur dem einen Gläubiger zu Gute kommen. Wenn er ihn mit der a. de in rem verso einklagt, so verlangt er damit, als Verkäufer, daß der dominus seine Verpflichtung, als Geschäftsherr, durch Bezahlung der Kaufschuld erfülle[8]). Dies Resultat wäre bei einem freien Prokurator nur durch Cession der Regreßklage möglich, beim Sklaven ergibt es sich aus der Struktur der Pekuliarhaftung: der Kläger befriedigt durch Geltendmachung des Naturalregresses seine eigene Forderung, weil der Regreß des Sklaven, wenn er bei Zustimmung des Herrn oder nachweisbarer Utilität auf gänzliche Liberation geht, inhaltlich mit der Forderung des Gläubigers übereinstimmt.

In diesem Sinne könnte man sagen, daß der Herr mit der Versionsklage in solidum haftet, während der Erfolg der Pekuliarklage vom Bestande des Pekulium abhängt. Dadurch nähert sich die Versionsklage den übrigen adjektivischen Klagen, a. quod iussu, exercitoria und institoria und doch bleibt sie hinter diesen Klagen an Sicherheit für den Gläubiger weit zurück[9]), und zwar in zwei Beziehungen:

---

[8]) Aehnlich verhält es sich bei der a. institutoria, auf deren innere Verwandtschaft mit der Versionsklage ich oben § 6 Note 3 hingewiesen habe. Auch der Inhalt der a. institutoria bestimmt sich einerseits nach dem Rechtsgeschäft zwischen der intercedirenden Frau und ihrem Gläubiger (fr. 8 § 14 ad SC. Vell. 16, 1: quo casu datur in te actio quae instituit magis quam restituit obligationem, ut perinde obligeris eodem genere obligationis, quo mulier est obligata: verbi gratia si per stipulationem mulier, et tu quasi ex stipulatione convenieris), andererseits nach dem Regreßverhältniß der Frau zu der Person, für welche sie intercedirte (fr. 8 § 15 cit., fr. 29 pr. eod., in welch' letzterer Stelle ich von meinem Standpunkt aus keine Anomalie, vgl. Windscheid, Pandekten, § 487, Note 7, finde), vgl. Hasenbalg, Interzession, S. 178 fg Gradenwitz, Ungültigkeit oblig. Rechtsgesch. S. 186 fg.

[9]) Deswegen wird die a. quod iussu gerade im Gegensatz zur Versionsklausel als iudicium in solidum bezeichnet. fr. 1 quod cum eo 14, 5: sive enim iussu eius, cuius in potestate sit, negotium gestum fuerit, in solidum eo nomine iudicium pollicetur. sive non iussu, sed tamen in rem eius versum fuerit, eatenus introducit actionem, quatenus in rem eius

1) Die act. quod iussu, exerc. und institoria kommen, wenn im Moment der Kontraktsſchließung der iussus reſp. das Anſtellungsverhältniß vorhanden war, ſofort zur definitiven Entſtehung, ohne Rückſicht darauf, in welcher Weiſe der Sklave die erworbenen Werthe verwendet[10]). Die Verſionsklage dagegen iſt davon abhängig, daß der Regreßanſpruch des Sklaven zu Stande kommt, kann alſo durch das fernere Verhalten des Sklaven vereitelt werden.

2) Der einmal entſtandene Verſionsanſpruch bleibt im Zuſammenhang mit dem Pekulium, da der Regreß des Sklaven, auf dem er beruht, ein Beſtandtheil, wenn auch ein eigenartiger, des Pekulium iſt. Daher hat die Verſionsklage pekuliarrechtliche Untergangsgründe, von denen im nächſten Paragraphen zu ſprechen iſt, während die act. quod iussu, exerc. und institoria wie in ihrer Entſtehung, ſo auch in ihrem Fortbeſtande vom Pekulium ganz unabhängig ſind.

§ 16. Endigungsgründe der Verſionsklage.

Der Verſionsanſpruch kann außer durch die allgemeinen Untergangsgründe der Obligationen auch noch durch Thatſachen aufgehoben werden, welche zunächſt den perfekt gewordenen Regreß des Sklaven betreffen; dieſe Erſcheinung beruht auf dem genetiſchen und inhaltlichen Zuſammenhange zwiſchen dem Naturalregreß des Sklaven und der Verſionsklage. Solcher Thatſachen gibt es zwei: Zahlung des Herrn an den Sklaven und Kompenſation mit einem Deduktionspoſten gegen den Regreßanſpruch des Sklaven. Wird auf einem dieſer Wege der Regreß des Sklaven aufgehoben, ſo geht auch die auf ihm beruhende Verſionsklage unter. Hierauf allein bezieht ſich der Ausſpruch Ulpian's in fr. 10 § 6 h. t.:

---

versum fuerit: sive neutrum eorum sit, de peculio actionem constituit. cf. c. 1 quod cum eo 4, 26.

[10]) fr. 1 § 9 de exerc. a. 14, 1: unde quaerit Ofilius, si ad reficiendam navem mutuatus nummos in suos usus converterit, an in exercitorem detur actio, et ait, si hac lege accepit quasi in navem impensurus mox mutavit voluntatem, teneri exercitorem imputaturum sibi, cur talem praeposuerit. . . . Ueber den Schluß der Stelle vgl. Schloßmann, Kontrahiren mit offener Vollm. S. 6 fg.

versum autem sic accipimus ut duret versum, in welchem Mandry II S. 482 das Erforderniß der fortdauernden Bereicherung zu erkennen glaubt. Das ergibt ſich mit Sicherheit aus dem Zuſammenhang des ulpianiſchen Kommentars: die Entſtehung des Verſionsanſpruchs trotz Untergangs der angeſchafften Werthe hat Ulpian in fr. 3 § 6 fg. behandelt; von fr. 10 § 6 an beſpricht er die Frage der Aufhebung einer perfekt gewordenen Verſionsklage und erwähnt unter dieſem Geſichtspunkt nur Zahlung und Kompenſation; ſchon hieraus könnte man a contrario ſchließen, daß die einmal entſtandene Verſionsklage durch die ſpäteren Schickſale der verwendeten Werthe nicht berührt, alſo durch Wegfall der Bereicherung des Herrn nicht zerſtört wird. Wir betrachten im Einzelnen:

1) Zahlung des Herrn an den Sklaven. Der Herr iſt naturaliter verpflichtet, den Sklaven zu liberiren, d. h. an den Gläubiger zu zahlen. Aber der Liberationspflicht kann auch dadurch genügt werden, daß der Geſchäftsherr dem Geſchäftsführer die zu ſeiner eigenen Befreiung nöthige Summe übergibt (§ 5 S. 96 fg.). Der freie Geſchäftsführer kann u. U. auf wirklicher Liberirung beſtehen und Mühe und Gefahr der Vornahme der Zahlung ablehnen. Daß dagegen der Sklave die ihm angebotene Deckung ſtets annahm, ergibt ſich aus ſeiner vom Herrn abhängigen Stellung. Beſtand die Deckung in Geld — und von dieſem Falle allein ſprechen die Quellen — ſo war der Herr bis zum Betrage der an den Sklaven gezahlten Summe von ſeiner Liberationspflicht definitiv entlaſtet; denn das Geld wurde Pekuliarbeſtandtheil und war von nun an auf Gefahr des Sklaven. Mit dem Erlöſchen des Regreſſes durch Zahlung geht aber auch die Verſionsklage unter:

fr. 10 § 6 h. t.: et ita demum de in rem verso competit actio, si non sit a domino servo solutum vel filio.

Vgl. auch fr. 10 § 7 eod. verb.: idemque et si solverit ei.

fr. 1 § 2 h. t. verb.: quemadmodum si ipsi servo a domino fuisset solutum.

Der Herr kann ſich alſo durch Leiſtung an den Sklaven von der Verſionsklage befreien; der Gläubiger verliert damit ſeine be-

vorzugte Stellung und ist auf das (durch die gezahlte Summe vergrößerte) Pekulium angewiesen. Eine Unbilligkeit gegen den Gläubiger liegt darin nicht: denn den Vortheil, den er durch die Handlungsweise des Herrn einbüßt, hat er ja nicht seiner eigenen Vorsicht, sondern blos der Thatsache zu verdanken, daß unter den Aktiven des Pekulium sich ein ihm vortheilhafter Liberationsanspruch befand. Betrachtet man aber die Lage des Herrn, so erscheint die befreiende Wirkung der Zahlung an den Sklaven geradezu als praktische Nothwendigkeit: der Herr kann ja nicht wissen, ob die Verwendungen, über deren Vornahme der Sklave ihm Rechnung legt, aus Pekuliarmitteln oder aus dem Gelde eines Gläubigers bestritten sind. Und wenn er auch vielleicht von dem Anschaffungsvertrage des Sklaven Kenntniß hat, so kann ihm nicht zugemuthet werden, auf einen Dritten, mit dem er in keine Beziehungen hat treten wollen, Rücksicht zu nehmen[1]).

Der Zahlung stehen in ihrer Wirkung gleich zwei verwandte Thatbestände:

a) remuneratorische Schenkung des Herrn an den Sklaven:

fr. 10 § 7 h. t.: plus dicit (sc. Pomponius) et si tantundem ei donavit dominus, quantum creditori solvit pro se[2]), si quidem remunerandi animo, non videri versum, si vero alios donavit, durare versum.

Mandry II, S. 335 meint, ohne seine Ansicht zu begründen, diese Entscheidung sei vom Standpunkt der „Regreßtheorie" aus willkürlich und inkonsequent. Ruhstrat[3]) dagegen hält die Gleichstellung von Remuneration und Schenkung für durchaus angemessen. Dabei wird von beiden Schriftstellern m. E. folgender Umstand übersehen: ist der Herr dem Sklaven regreßpflichtig, so ist eine animo remunerandi gemachte Zuwendung, juristisch be-

[1]) Ruhstrat, Jahrb. f. Dogm., Bd. 19, S. 448.

[2]) Man muß aus dem ersten Theil von fr. 10 § 7 ergänzen: mutuatus solvit, denn wenn der Sklave aus eigenem Gelde gezahlt hätte, so wäre von Anfang an keine Versionsklage, sondern ein dem Pekulium zugehörendes normales Naturalguthaben entstanden. Vgl. § 8 zu Note 7.

[3]) Jahrbuch für Dogm., Bd. 19, S. 449.

trachtet, soweit sie sich mit dem Betrage der Aufwendungen deckt, nichts anderes als Zahlung, wenn auch die Parteien die Bezeichnung als Schenkung gewählt haben; denn die Existenz einer wenn auch naturalen Verpflichtung schließt den Begriff der Schenkung aus[4]), um so mehr als die naturale Verpflichtung des Herrn gegen den Sklaven ex civili causa beurtheilt wird und zweifellos zahlbar ist. Wenn also Pomponius in fr. 10 § 7 h. t. den Ausdruck remunerandi animo dare im technischen Sinne gebraucht hat, so muß er an einen Fall gedacht haben, in welchem der Sklave keinen Regreß hat und die Versionsklage doch existirt. Einen solchen Fall haben wir in § 12 S. 199 kennen gelernt: der animus donandi superveniens des Sklaven vernichtet den Regreßanspruch des Sklaven, hindert aber nicht die Entstehung der Versionsklage. Dadurch wird aber, wie wir aus unserer Stelle ersehen, dem Herrn die Möglichkeit, sich durch Leistung an den Sklaven zu befreien, nicht entzogen: nur erscheint seine Zuwendung nicht als Zahlung, sondern als Vergeltung der Liberalität des Sklaven. Dagegen ist ein nicht mit Rücksicht auf die Geschäftsführung, sondern aus anderer Veranlassung (alias) gemachte Schenkung an den Sklaven ohne Einfluß auf die Versionshaftung des Herrn und hat blos die Wirkung des Pekulium zu vergrößern.

b) Gleiche Wirkungen wie die Zahlung an den Sklaven hat ein vom Herrn bei Beginn der Geschäftsführung dem Sklaven zugewiesener Vorschuß. Der Unterschied liegt nur darin, daß durch Zahlung ein bereits entstandener Regreß und Versionsanspruch untergeht, während der Vorschuß, so weit er reicht, die Entstehung dieser Ansprüche verhindert[5]). Von einem Falle, in welchem der Herr den Sklaven mit einem Geschäft beauftragt und ihm zugleich einen Vorschuß gewährt, handelt fr. 16 h. t.:

quidam fundum colendum servo suo locavit et boves ei dederat. cum hi boves non essent idonei, iusserat eos venire

[4]) Windscheid, Pandekten, § 288, Note 8.

[5]) Vgl. oben § 4, S. 32. Daher wäre es systematisch richtiger, den Vorschuß unter den Voraussetzungen der Versionsklage zu besprechen.

et his nummis qui recepti essent alios reparari. servus boves vendiderat, alios redemerat, nummos venditori non solverat, postea conturbaverat. qui boves vendiderat nummos a domino petebat actione de peculio aut quod in rem domini versum esset, cum boves pro quibus pecunia peteretur penes dominum essent. respondit: non videri peculii quicquam esse, nisi si quid deducto eo quod servus domino debuisset reliquum fieret; illud sibi videri boves quidem in rem domini versos esse, sed pro ea re solvisse tantum quantum priores boves venissent; si quo amplioris pecuniae posteriores boves essent, eius oportere dominum condemnari. (Alfenus).

Baron S. 31 nimmt an, die Verſion beruhe darauf, daß der Herr die vom Sklaven angeſchafften Thiere aus dem Pekulium an ſich gezogen habe und dadurch in Höhe ihres Werthes Pekuliarſchuldner geworden ſei. Gegen dieſe Interpretation läßt ſich verſchiedenes einwenden:

α) ein Anſichnehmen einer Pekuliarſache durch den Herrn iſt nichts Anderes als Ademption, welche keine Naturalſchuld und jedenfalls nach fr. 5 § 3 h. t. keine Verſionsklage begründet[6]).

β) Beide Ochſenpaare, das vom Sklaven veräußerte und das gekaufte gehören nicht dem Pekulium, ſondern dem Patrimonium an. Mit Recht bemerkt Mandry II, S. 83 unter Berufung auf unſere Stelle: „Wenn zum Patrimonium gehörende Sachen in einer Weiſe an den Sklaven übergeben werden, daß der gewaltfreie Erwerber ſie nicht in ſein Vermögen bekommen würde, liegt der animus peculii concedendi (reſp. augendi) nicht vor.“ Nun war es ja in Rom bekanntlich Sitte, daß der Verpächter dem Pächter das Inventar ſtellte[7]). Daraus kann man ſchließen, daß auch bei pachtweiſer Ueberlaſſung eines Grundſtücks an den Sklaven das Inventar dem Patrimonium angehörte. Der Sklave beſorgt daher beim Ankauf der Ochſen ein negotium dominicum und hat als Vorſchuß dafür den Erlös der alten Thiere überwieſen er-

[6]) Ueber das von Baron (Note 5) beigezogene fr. 19 h. t. vgl. weiter unten § 18.

[7]) Fr. 19 § 2 loc. 19, 2; fr. 4, 8 pr., 24 de instr. leg. 33, 7. Vgl. Weber, römiſche Agrargeſchichte, S. 234.

halten. Nun meint Löwenfeld S. 13, der Sklave habe damit, daß er theuerer kaufte als verkaufte, gegen das Gebot des Herrn gehandelt und deshalb jeden Regreß verwirkt. Ich halte dieſe Auffaſſung des Thatbeſtandes für unrichtig: die alten Thiere waren, wie der Juriſt hervorhebt, non idonei und ſollten durch neue, doch wohl idonei erſetzt werden, dieſe müſſen aber normaler Weiſe mehr koſten als das unbrauchbare Geſpann und das mußte der Herr wiſſen. Darum iſt der Auftrag ſo zu verſtehen, daß der Sklave den Kaufpreis, ſo weit möglich, aus dem Erlös bezahlen ſollte[8]). Nur bis zum Betrag dieſes Vorſchuſſes iſt daher der Herr entlaſtet, darüber hinaus iſt er liberationspflichtig und der Verſionshaftung unterworfen und zwar bis zu dem Betrage, welchen das neue Ochſengeſpann im Moment der Anſchaffung werth war, denn nur dieſe Summe und nicht etwa einen ohne genügenden Grund verſprochenen zu hohen Kaufpreis kann der Sklave dem Herrn anrechnen; ſo verſtehe ich die letzten Worte: si quo amplioris pecuniae posteriores boves essent[9]).

2. Kompenſation mit einem Deduktionspoſten.

fr. 10 § 7 h. t.[10]) . . . proinde si, cum domino deberet triginta, mutuatus quadraginta creditori eius solverit vel familiam exhibuerit, dicendum erit de in rem verso in decem competere actionem; aut si tantundem debeat, nihil videtur versum. nam, ut Pomponius scribit, adversus lucrum domini

---

[8]) Die Baſiliken XVIII, 7, 16 ſagen: ἐπέτρεψα αὐτῷ βοῦς πωλῆσαι καὶ ἄλλας ἀγοράσαι χρησιμωτέρας.

[9]) Mandry II, S. 521 findet in dieſen Worten angedeutet, daß ein Sinken der Preiſe oder eine Werthverminderung das Aufhören der Verſionshaftung bewirken würde. M. E. entſteht aus einer im Auftrage des Herrn vorgenommenen Anſchaffung, ſoweit ſie preiswürdig iſt, ein Liberationsanſpruch, der nach den Grundſätzen des Mandates von den weiteren Schickſalen der angeſchafften Werthe unabhängig iſt.

[10]) Der Beginn der Stelle handelt von einem Darlehen, welches der Sklave aufnimmt, um eine eigene Schuld an den Herrn zu zahlen. Die Verſion iſt dabei ausgeſchloſſen, weil ein Regreßanſpruch aus einem proprium negotium überhaupt nicht entſteht, nicht, weil Kompenſation mit dem Anſpruch des Herrn eintritt. S. oben § 10, S. 177.

videtur subventum: et ideo, sive debitor fuit domino, cum in rem verteret, nihil videri versum, sive postea debitor esse domino coeperit, desinere versum.

Vom Standpunkt der Regreßtheorie aus ist diese Entscheidung durchaus konsequent: ist der Sklave Schuldner seines Herrn, so braucht ihn dieser nicht zu liberiren, sondern kann verlangen, daß der Sklave sich aus der Summe bezahlt macht, welche er ihm, dem Herrn, schuldet[11]). Daß eine solche Kompensation gegen den Liberationsregreß des Geschäftsführers möglich ist, haben wir oben § 5 S. 109 fg. konstatirt. Für den Herrn wird es meist vortheilhafter sein, seine Naturalforderung zur Kompensation gegen ein Versum zu verwenden, als sie bei der a. de peculio zu deduciren; denn die Entlastung von einer Versionsschuld ist ein sicherer Gewinn, während die Deduktion dadurch vereitelt werden kann, daß das Pekulium in Folge zufälliger Ereignisse oder einer Mißwirthschaft des Sklaven eine Verminderung erfährt. Dieses Risiko wird durch die Vornahme der Kompensation auf den Versionsgläubiger abgewälzt, der sich nunmehr auf die Pekuliarklage angewiesen sieht. Die günstige Rechtslage, welche durch die Möglichkeit der Kompensation für den Herrn herbeigeführt wurde, mochte wohl die Bedenken veranlassen, die uns in fr. 10 § 8 h. t. entgegentreten.

idem quaerit si decem in rem domini vertit et postea tantandem summam a domino mutuatus sit, habeat praeterea et peculium decem, videndum ait, utrum desiit esse versum? an vero quoniam est peculium unde trahatur debitum, de in

[11]) Ruhstrat, Jahrb. f. Dogm., Bd. 19, S. 443 fg. will nur solche Gegenforderungen des Herrn bei der a. de in r. v. berücksichtigen, die aus derselben Geschäftsführung, aus welcher der Gläubiger klagt, hervorgegangen sind. Nun beruht aber in fr. 10 § 8 h. t. die das versum aufhebende Gegenforderung des Herrn auf einem Darlehen, welches offenbar mit der Geschäftsführung nicht im Zusammenhang steht. Ruhstrat sieht sich daher genöthigt, in fr. 10 § 8 cit. eine generelle Verwaltung des Sklaven anzunehmen, bei welcher allerdings der Geschäftsführer seine eigenen anderweitigen Schulden an den Geschäftsherrn auch actione negotiorum gestorum schuldet. Aber daß der Sklave in fr. 10 § 8 cit. genereller Verwalter sei, ist in der Stelle nicht gesagt.

rem verso non tollimus actionem? an potius ex utraque pro rata detrahimus? ego autem puto sublatam de in rem verso actionem, cum debitor domini sit constitutus.

Die Entscheidung Ulpian's erweist sich als zweifellos richtig, wenn man erwägt, daß nun einmal die Versionsklage vom inneren Verhältniß zwischen Sklaven und Herrn abhängt und daß die Naturalverpflichtungen dieser Personen ex civili causa zu beurtheilen sind. Ebenso konsequent zeigt sich Ulpian in fr. 10 § 9 h. t.:

idem quaerit, si in rem tuam verterit et debitor tuus factus sit, mox creditor eiusdem summae quam tibi debuit, an renascatur de in rem verso actio an vero ex post facto non convalescat? quod verum est.

Der Herr darf, wenn er de in r. v. belangt wird, seine Naturalforderung zur Kompensation gegen den Regreß des Sklaven verwenden, obwohl er späterhin selbst Schuldner des Sklaven geworden ist. Auch diese Entscheidung erklärt sich ungezwungen auf Grund der „Regreßtheorie". Denn wir haben es mit einem Fall zu thun, in welchem nach der herrschenden Lehre unter freien Personen die Replik der Kompensation unzulässig wäre[12]).

Für die „Bereicherungstheorie" ist die Wirksamkeit der Kompensation ein wahrer Stein des Anstoßes; Mandry II S. 535 muß zugeben, „daß unter dem Gesichtspunkt der Regreßtheorie dem ersten Anscheine nach die Wirkung der Existenz einer Gegenforderung sich einfach und konsequent erklärt" und „daß der Wegfall des Versum im Falle der Existenz beziehungsweise der Entstehung einer Forderung des Gewalthabers gegen die gewaltunterworfene Person sich nicht unmittelbar aus dem Wesen des Versum (= Bereicherung) erklärt". Trotzdem bekämpft Mandry die Regreßtheorie, indem er gegen sie folgendes einwendet:

a) daß Ulpian sich nirgends auf das Aufhören des Peculiarguthabens in Folge der Kompensation beruft, sondern einfach den Wegfall des Versum konstatirt. Dies Argument wäre vielleicht

---

[12]) Windscheid, Pandekten, § 349, Note 23, Dernburg, Pandekten, Bd. II, § 64, Note 4.

beweiskräftig, wenn nicht Ulpian im Beginne ſeines Kommentars (fr. 3 §. 2 h. t.) den Regreß des Sklaven als Grundlage der a. de in r. v. bezeichnet hätte. Hier konnte er ſich füglich damit begnügen, das Reſultat feſtzuſtellen.

b) „Daß die nachträgliche Beſeitigung der Forderung des Gewalthabers das Verſum nicht erhalten kann, während doch die Grundſätze über Kompenſation die Forderungen nicht durch ihre bloße Exiſtenz vernichtend auf einander einwirken laſſen". Dabei hat Mandry das oben citirte fr. 10 § 9 h. t. im Auge, welche Stelle allerdings den Anſchein erweckt, als ob das Verſum durch den Gegenanſpruch des Herrn mit Rechtsnothwendigkeit getilgt wird. Allein trotzdem müſſen wir annehmen, daß die Aufhebung des Verſum durch den Gegenanſpruch, wie die Kompenſation im Rechtsverkehr der Freien, vom Willen des Herrn abhängt; denn auch die Deduktion bei der a. de peculio ſcheint, weil ſie oft in die Definition des Pekulium aufgenommen wird, auf Rechtsſatz zu beruhen[13]), iſt aber thatſächlich, wie aus fr. 56 de pec. 15, 1[14]) hervorgeht, ein vom Willen des Herrn abhängiger Vorgang. Freilich war, wie oben gezeigt, die Kompenſation gegen eine Verſionsklage für den Herrn ſo vortheilhaft, daß ſie für ſelbſtverſtändlich gelten konnte. Darum konnte Pomponius in fr. 10 § 9 cit. ſich ſo ausdrücken, als ob die Verſionsklage durch die Schuld des Sklaven an den Herrn ohne Weiteres untergeht.

c) Der dritte Einwand Mandry's bezieht ſich darauf, daß nirgends auf die Vorausſetzungen der Kompenſabilität Rückſicht genommen wird. Iſt damit das Erforderniß der par species gemeint, ſo erledigt ſich der Einwand in folgender Weiſe: wenn der Gläubiger aus dem Vertrage etwas Anderes als Geld zu fordern

[13]) fr. 5 § 4 de pec. 15, 1: peculium autem Tubero quidem sic definit, ut Celsus libro sexto digestorum refert, quod servus domini permissu separatum a rationibus dominicis habet deducto inde si quid domino debetur.

[14]) Paulus libro secundo ad Neratium: quod servus meus pro debitore meo mihi expromisit, ex peculio deduci debet et a debitore nihilo minus debetur. Sed videamus ne credendum sit peculiare fieri nomen eius pro quo expromissum est. Paulus: utique si de peculio agente aliquo deducere velit, illud nomen peculiare facit.

hat, so muß er sein petitum in Geld umsetzen, weil es mit dem in Geld abgeschätzten Betrag des Pekulium verglichen werden muß. Aus demselben Grunde sind die Gegenansprüche des Herrn im Pekuliarrecht in einer Geldsumme auszudrücken. Es steht also immer einem Naturalanspruch des Sklaven auf Befreiung von einer Geldschuld eine Geldforderuug des Herrn gegenüber und deshalb ist die Kompensation ohne Weiteres zulässig.

Die beiden eben betrachteten Aufhebungsgründe des Regresses, Zahlung an den Sklaven und Kompensation mit einem Deduktionsposten, sind zugleich Untergangsgründe der Versionsklage. In beiden Fällen hat der Herr an den einen seiner Gläubiger, den Sklaven, *geleistet*. Daß ihn diese Leistung von der Forderung seines zivilen (Versions)gläubigers befreit, rechtfertigt sich durch die Erwägung, daß die Leistung, die der Herr an den Sklaven vornimmt, indirekt auch dem Versionsgläubiger zu Gute kommt. Denn das Haftungsobjekt, auf welches allein dieser rechnen konnte, das Pekulium, wird durch die Zahlung des Herrn positiv vermehrt und durch Verwendung eines Deduktionspostens zur Kompensation entlastet. Wenn der Versionsgläubiger trotzdem aus dem so vergrößerten Pekulium keine volle Befriedigung erhalten sollte, weil sich das Pekulium durch anderweitige Umstände wieder vermindert hat, oder andere Gläubiger zuvorgekommen sind, so hat sich der Gläubiger diesen Schaden selbst zuzuschreiben: wer mit einem Sklaven kontrahirte, mußte das durch die beschränkte Haftung gegebene Risiko vorhersehen.

Andere Thatsachen, welche den Regreß des Sklaven aufheben, ohne eine Vermögensleistung des Herrn zu enthalten, lassen die Versionsklage bestehen. Daher ist ohne Wirkung auf die a. de in r. v.:

1. die *Ademption*, welche sich in Bezug auf Pekuliarguthaben als Streichung des betreffenden Postens in den rationes darstellt. Dem Sklaven gegenüber ist diese Streichung unbedingt zulässig (vgl. fr. 7 § 6 de pec. 15, 1 . . . et dominus ei debitor manere voluit); den Pekuliargläubigern gegenüber kann die Aufhebung eines Pekuliarguthabens als dolose Minderung des Pekulium erscheinen, wenn sie in Kenntniß der Verschuldung und

der Schädigung der Gläubiger geſchah und verpflichtete dann den Herrn auf den Betrag des adimirten Werthes[15]). Noch weiter war der Herr im Verhältniß zum Verſionsgläubiger gebunden: Die Verſionsklage wird nach fr. 1 § 1 h. t. gewährt, si dominus peculium ademit sine dolo malo. Daſſelbe muß m. E. gelten, wenn der Herr sine dolo malo den Naturalregreß des Sklaven kaſſirte, denn darin liegt eine partielle ademptio peculii. Der Grund iſt darin zu ſuchen, daß der Verſionsgläubiger an dem Regreſſe des Sklaven ein ſpezielles Vorrecht hat, welches ihm zwar dadurch entzogen werden kann, daß der Herr an den Sklaven leiſtet, nicht aber durch den bloßen Willen des Herrn, welcher nur dem Sklaven gegenüber allmächtig iſt[16]).

2. Auf demſelben Gedanken, daß nur die an das Pekulium geſchehene Leiſtung den Herrn von der Verſionsklage befreien ſoll, beruht die Behandlung der doloſen Zahlung an den Sklaven.

fr. 10 § 6 h. t.: si tamen in necem creditoris id est perdituro servo vel filio solutum sit, quamvis solutum sit, (desinit quidem versum) aequissimum autem est de dolo malo adversus patrem vel dominum competere actionem: nam et peculiaris debitor si fraudulenter servo solverit quod ei debebat non liberatur[17]).

Formell iſt zwar in Folge der Zahlung und Aufhebung des Regreſſes die Verſionsklage weggefallen, aber da der dominus

[15]) Vgl. oben § 2 S. 13 fg.

[16]) Mandry II, S. 170; vgl. auch das im Uebrigen räthſelhafte fr. 4 § 34 de doli exc. 44, 4: illud sciendum est hanc exceptionem de metu eum obicere debere qui metum non a parente passus est, in cuius fuit potestate. ceterum parenti licere deteriorem condicionem liberorum in rebus peculiariis facere. sed si se abstinuerit hereditate paterna, succurendum ei erit, ut alioquin succurritur. Der abſtinirende Sohn behält doch ſein pecul. prof. nicht, es ſei denn, daß es ihm prälegirt iſt.

[17]) Die von Mommſen vorgeſchlagene, von Mandry II S. 531 gebilligte Korrektur „quoniam“ ſtatt „quamvis“ halte ich nicht für nöthig. Der Gegenſatz zum quamvis liegt in aequissimum est etc. Die Worte desinit quidem versum ſind als Parentheſe zu verſtehen. Lenel, Palingeneſie Ulpianus Nr. 856 läßt quamvis ſtehen.

wußte, daß diese Zahlung der a. de peculio des Versionsgläubigers nicht zu Gute kommen würde, so hat er in der Zahlung einen dolus gegen diesen Gläubiger begangen, für welchen er actione doli[18]) haftet.

3. In diesen Zusammenhang gehört auch die schon oben § 12 besprochene Unwirksamkeit des animus donandi superveniens des Sklaven. Ist der Regreß des Sklaven und damit der Versionsanspruch einmal entstanden, so kann eine schenkungsweise erfolgende Erlaßabrede zwar den Regreß des Sklaven vernichten; aber da diese Aufhebungsthatsache keine Leistung des Herrn ist und keine Vermehrung des Pekulium bewirkt, so kann sie, nach der Analogie der in diesem Paragraphen betrachteten Aufhebungsgründe, die Versionsklage nicht afficiren[19]). Daß aber auch ein vor Perfektion des Regresses, aber nach Beginn der Geschäftsführung auftretender Schenkungswille des Sklaven die Versionsklage nicht vereitelt (fr. 7 § 1 h. t.), beruht auf den oben S. 200 dargelegten m. E. überzeugenden Gründen. In der That würde der Herr, wenn er eine Sinnesänderung des Sklaven, durch welche er gewinnen und der Gläubiger einen schon halb begründeten Anspruch verlieren würde, sich zu Nutze macht oder gar provozirt, den Vorwurf des dolus in noch höherem Maße verdienen, als wenn er dem Sklaven, der im Begriffe ist, das Geld zu vergeuden, Zahlung leistete.

4. Mit dem Untergang des Pekulium erlischt die a. de peculio entweder sofort, wenn der Herr das Pekulium sine dolo malo, d. h. in Unkenntniß der Verpflichtungen des Sklaven einzieht, oder, in anderen Fällen, innerhalb eines Jahres, von der Aufhebung des Pekulium an gerechnet. Mit dem Pekulium müssen aber auch die Naturalansprüche des Sklaven verschwinden, da sie nur als Bestandtheile des Pekulium Bedeutung haben. Nichtsdestoweniger bleibt die einmal aus dem Regreß des Sklaven hervorgegangene Versionsklage bestehen.

---

[18]) So mit Recht Mandry a. a. O. Vgl. fr. 20 pr. de dolo 4, 3, wo ebenfalls a. doli aus unredlichem Verhalten des Herrn gelegentlich eines Pekuliargeschäftes gegeben wird.

[19]) Dasselbe wird, wie ich glaube, mit Recht von Hasenbalg, Intercession, S. 239 für die a. institutoria angenommen.

fr. 1 § 1 h. t.: rectissime enim Labeo dicit fieri posse ut et in rem versum sit et cesset de peculio actio. quid enim si dominus peculium ademit sine dolo malo? quid si morte servi extinctum est peculium et annus utilis praeteriit? de in rem verso namque actio perpetua est et locum habet sive ademit sine dolo malo sive actio de peculio anno finita est[20]).

Fragen wir uns nach den Gründen, welche dieſe verſchiedenartige Behandlung der a. de pec. und der Verſionsklage hervorgerufen haben mögen, ſo läßt ſich beim Schweigen der Quellen über die ratio legis etwa Folgendes ſagen: mit dem Aufhören des Pekulium kann die Pekuliarhaftung, auf welche die Gläubiger des Sklaven rechneten, nicht ohne Weiteres erlöſchen, denn die Urſachen des Erlöſchens des Pekuliums ſind der Einwirkung und der Kenntniß der Gläubiger entrückt. Für die Gläubiger wird nun in verſchiedener Weiſe geſorgt: bei ademptio peculii liegt es dem Herrn ob, diejenigen Sklavenſchulden, die er kennt oder ohne den Vorwurf des dolus malus nicht ignoriren kann, zu liquidiren[21]); erliſcht das Pekulium aus anderen Gründen, namentlich durch Tod des Sklaven, ſo muß der Herr während eines Jahres den Werth des aufgehobenen Pekulium zur Verfügung etwaiger Gläubiger des Sklaven halten. Daß dieſe Präkluſivfriſt kurz bemeſſen iſt, erklärt ſich aus der billigen Rückſicht, welche man auf die Freiheit der Vermögensverwaltung des Herrn nehmen mußte; iſt die Friſt abgelaufen, ſo kann der Herr über den Betrag des ehemaligen Pekulium unbekümmert um die ſaumſeligen Gläubiger des Sklaven verfügen. Anders liegen die Verhältniſſe bei der Verſion: iſt der Herr Naturalſchuldner aus einer Geſchäftsführung des Sklaven, ſo muß er entweder aus den rationes des aufgehobenen Pekuliums wiſſen oder wenigſtens darauf gefaßt ſein, daß der Sklave die Mittel zur Geſtion durch ein Kreditgeſchäft erworben hat, aus welchem ein Verſionsanſpruch entſtanden iſt. Solange das Pekulium

[20]) cf. fr. 1 § 10 quando de pec. 15, 2: . . quia annua exceptio ad peculium non ad in rem versum pertinet.

[21]) Darum wurde die actio de pec. annalis auf den Fall der ademptio peculii nicht ausgedehnt, Mandry II, S. 413.

bestand, brauchte der Herr auf diesen Versionsgläubiger keine Rücksicht zu nehmen, er konnte sich vielmehr durch Leistung an den Sklaven von jeder Verbindlichkeit befreien. Mit dem Untergang des Pekulium ist diese auf dem Naturalanspruch des Sklaven beruhende facultas solvendi weggefallen, die Versionsschuld des Herrn aber sowenig aufgehoben, wie in den eben betrachteten Fällen (der Kassirung des Regreßanspruchs, der dolosen Zahlung und des Erlasses donandi causa). Denn das Erlöschen des Regresses, aus dem die Versionsklage erwächst, ist nur dann, wenn es durch Leistung des Herrn erfolgt, zugleich Untergangsgrund der Versionsklage. Diese Klage ist daher durch Untergang des Pekulium nicht nur nicht vernichtet, sondern vielmehr in gewissem Sinne selbständig geworden, d. h. unabhängig von dem Geschäftsverkehr zwischen Sklaven und Herrn, der mit Aufhören des Pekulium unmöglich geworden ist.

Ueberblicken wir die Aufhebungsthatsachen, welche den Regreßanspruch treffen und die Versionsklage entweder afficiren oder unberührt lassen, so finden wir, daß zwischen dem Naturalregreß des Sklaven und der auf ihm beruhenden Versionsklage ein Verhältniß besteht, welches der Rechtsfigur der aktiven Solidarität sehr nahe kommt: dem Herrn stehen zwei Gläubiger gegenüber: der Sklave und der Versionsgläubiger C, aber beide Forderungen bilden für den Herrn nur einen Schuldposten, er braucht nur einmal zu leisten. Das Besondere dieses Falles von Solidarität liegt darin, daß der eine Anspruch, der des Sklaven, auf Liberation geht: er kann nicht Leistung an sich selbst, sondern nur an den Gläubiger C verlangen (wenn auch der Herr sich durch Leistung an den Sklaven befreien darf). Die beiden Forderungen sind also, obwohl der Schuldner durch eine Leistung beiden genügen kann, vom Standpunkt der Gläubiger aus gesehen ungleichartig[22]).

[22]) Dieselbe Ungleichheit besteht übrigens auch bei der von Jhering, Jahrb. f. Dogm., Bd. 24, S. 165 f., als Beispiel aktiver Solidarität besprochenen Coincidenz von legatum debiti und liberationis. Im praktischen Endresultat treffen beide Legate allerdings zusammen (Jhering, S. 177), aber deswegen darf man m. E. doch nicht mit Jhering sagen, daß beide Ansprüche genau denselben Inhalt haben.

§ 17. Actio de peculio et de in rem verso. Selbständige Versionsklage.

Wie das Versum nach der von mir dargelegten Auffassung ein besonders gearteter Bestandtheil des Pekulium ist, so ist auch die Versionsklage, wenn, wie wir bisher vorausgesetzt haben, ein Pekulium existirt, eine qualifizirte Pekuliarklage, d. h. eine Klage, mit welcher dem Gläubiger außer den dem Zugriff sämmtlicher Pekuliargläubiger unterliegenden Pekuliaraktiven auch noch der Liberationsanspruch des Sklaven (das Versum) haftet, welcher seiner Natur nach zur Befriedigung eines bloßen Pekuliargläubigers nicht dienen kann.

Damit stimmt überein, daß für Pekuliar- und Versionsklage dieselbe Formel proponirt war:

Gaius IV, 74 in f.: eadem formula et de peculio et de in rem verso agitur.

§ 4b J. quod cum eo 4, 7: licet enim una est actio, qua de peculio deque eo quod in rem domini versum sit agitur, tamen duas habet condemnationes.

Daß es sich wirklich um dieselbe Formel mit zwei Klauseln handelt, ist in neuerer Zeit überzeugend nachgewiesen von Baron S. 1 fg. und Lenel, Edictum perpetuum S. 223 fg.[1]).

Der Kläger verlangt Befriedigung aus dem Pekulium und macht zugleich sein Anrecht auf den ihm allein zugänglichen Liberationsanspruch des Sklaven geltend. Wenn dieser Regreß des Sklaven in vollem Umfange besteht, so genügt er allein schon zur Befriedigung des Gläubigers; wenn nicht, so muß das Pekulium herangezogen und zu diesem Zwecke in Geld abgeschätzt werden. So erklärt es sich, daß der Richter zunächst das Vorhandensein

---

[1]) Baron, S. 59 macht es wahrscheinlich, daß die Versionsklausel nicht in die Formel aufgenommen zu werden brauchte, daß es vielmehr dem Pekuliarkläger freistand, in iudicio den Versionsanspruch geltend zu machen. Zur Unterstützung dieser Ansicht kann man sich darauf berufen, daß der Gläubiger in vielen Fällen das Vorhandensein einer Version nicht kennt und auch nicht vermuthen kann, weil der Sklave sich den Anschein gab, in eigenen Geschäften zu handeln.

einer Verſion unterſuchte und erſt in Ermangelung einer ſolchen zur Feſtſtellung des Pekuliums ſchritt.

§ 4 b J. quod cum eo 4,7: itaque iudex, apud quem de ea actione agitur, ante dispicere solet, an in rem domini versum sit, nec aliter ad peculii aestimationem transit, quam si aut nihil in rem domini versum intellegatur aut non totum[2]).

Der Verſionsanſpruch iſt alſo ein Beſtandtheil der Pekuliarklage, freilich ein Beſtandtheil, der für den Verſionsgläubiger mit beſonderen Vorzügen ausgeſtattet iſt:

1. Den einen dieſer Vorzüge habe ich zum Ausgangspunkt meiner Unterſuchung gemacht und im Laufe der Darſtellung oft genug hervorgehoben: ich meine den Umſtand, daß für den Verſionsgläubiger das Pekulium um das Verſum größer iſt (uberius est) als für einen ſonſtigen Pekuliargläubiger.

2. Der zweite Vorzug beſteht darin, daß der Verſionsanſpruch den Untergang des Pekulium und der a. de peculio reſp. de peculio annalis überdauert.

In dieſem letzteren Falle kann man die Verſionsklage, obwohl ſie aus Rechtsverhältniſſen des Pekulium erwachſen iſt, doch in dem Sinne „ſelbſtändig" nennen, daß der Gläubiger nur aus dem Verſum Befriedigung verlangen darf und nicht in Ermangelung eines ſolchen auf ein Pekulium greifen kann. Aber auch unter dieſen Umſtänden kann ſich der urſprüngliche Zuſammenhang zwiſchen Verſum und Pekulium nicht verleugnen, wie ſich aus folgenden Texten ergibt.

---

[2]) Dieſe prozeſſualiſche Vorſchrift wird übrigens m. E. nicht unbedingt gegolten haben. Wenn z. B. die Solvenz des Pekulium notoriſch war und der Gläubiger einen Anſpruch von geringem Betrage hatte, ſo wird er nicht genöthigt geweſen ſein, ſich der Mühe, die Verſion zu beweiſen, zu unterziehen: er konnte in einfacherer Weiſe dumtaxat de peculio Befriedigung erhalten. Eine Verweiſung auf die Verſionsklage muß ſich der Gläubiger nur dann gefallen laſſen, wenn er mit den Gläubigern eines castrense peculium konkurrirt, fr. 1 § 9 de separ. 42, 6: item si quid in rem patris versum est, forte poterit et creditori contradici, ne castrense peculium inquietet, cum possit potius cum patre experiri.

fr. 13 h. t. (Ulpianus): si in rem alterius ex dominis versum sit, utrum is solus in cuius rem versum est an et socius possit conveniri quaeritur, et Julianus scribit eum solum conveniri, in cuius rem versum est, sicuti cum solus iussit. quam sententiam puto veram. fr. 14 eod. (Julianus). Marcellus notat: interdum et propter hoc quod in rem alterius socii versum est de in rem verso cum altero agi potest, qui conventus a socio petere potest id in quod damnatus fuerit. quid enim dicemus, si peculium servo ab altero ademptum fuerit. Paulus: ergo haec quaestio ita procedit, si de peculio agi non potest.

Wenn alſo der Sklave zwei Miteigenthümer, A und B, hat, und A, in deſſen Vermögen vertirt wurde, das ihm gehörende Pekulium einzieht, ſo wollen Julian und Paulus dem Gläubiger ſtatt der „ſelbſtändigen" Verſionsklage gegen A lieber die a. de pec. vel de in rem verso gegen B gewähren und den A auf einem Umwege zur Haftung beiziehen. Dies Verfahren läßt ſich nur daraus erklären, daß die Verſionsklage aus dem zum Pekulium gehörenden Regreßanſpruch des Sklaven hervorging und, mit Rückſicht auf ihre Entſtehung, nur in Nothfällen ohne Anſchluß an eine a. de peculio gegeben wurde[5]).

[5]) So werden die beiden Stellen in m. E. durchaus zutreffender Weiſe von Baron S. 14 fg. verſtanden. Was Grimm S. 8 fg. gegen dieſe Auslegung einwendet, hat mich nicht überzeugen können. Seine Argumente ſind: 1. daß Marcellus in fr. 14 cit. ſagt de in rem verso cum altero agi potest, nicht agi debet, woraus Grimm ſchließt, daß dem Gläubiger die Wahl frei ſtand, ob er gegen den Adimenten de in rem verso, oder gegen den anderen Miteigenthümer de pec. et de in r. v. klagen wollte. Aber m. E. wird dieſe Interpretation durch die Note des Paulus widerlegt: ergo haec quaestio d. h. die in fr. 13 cit. aufgeworfene Frage (gegen welchen der beiden Miteigenthümer de in r. v. geklagt werden darf) ita procedit, si de peculio agi non potest. Iſt aber, meint Paulus, die a. de pec. überhaupt noch möglich, weil der Sklave bei einem condominus noch ein Pekulium hat, ſo entſteht die Frage, gegen wen die Verſionsklage zu richten iſt, überhaupt nicht, denn dann iſt das Verſum als Erweiterung des Pekulium zu verfolgen. — 2. Den Gegenſatz zwiſchen fr. 13 und 14 cit. will Grimm dadurch erklären, daß es ſich im zweiten Fragment um condomini socii, im erſten dagegen um bloße con-

Zum vollen Verständniß der beiden Stellen müssen jedoch noch zwei Fragen beantwortet werden: 1) wie ist es möglich, daß der Miteigenthümer B, in dessen Vermögen keine Verwendung stattgefunden hat, dem Versionsanspruche unterliegen kann? 2) welcher Zweck konnte die römischen Juristen veranlassen, die Haftung des A statt durch eine a. de in r. v. lieber auf dem Umweg der Regreßklage des B zu bewirken?

ad 1: das Pekulium des Sklaven ist durch die partielle Ademption nicht vernichtet, besteht vielmehr apud alterum dominum (B) weiter und haftet auch für die im Interesse des A eingegangenen Schulden. Mit der Version war zu Gunsten des Sklaven resp. seines Pekulium ein Liberationsanspruch gegen den Herrn entstanden, welcher bei totaler Ademption untergegangen wäre, bei blos partieller Einziehung des Pekulium dagegen als Bestandtheil des bei B befindlichen Pekulium erhalten bleibt. Dieser Liberationsanspruch kann seines Inhaltes wegen keinem anderen Gläubiger als dem Versionsgläubiger zu Gute kommen, er würde daher ohne Weiteres unter die Versionsklausel fallen, wenn er dem Sklaven gegen den de peculio beklagten Miteigenthümer B und nicht gegen den außerhalb des Prozesses stehenden condominus A zustände. Trotzdem soll B de in r. v. verurtheilt werden, wie wenn er selber an Stelle des Miteigenthümers A dem Sklaven gegenüber liberationspflichtig wäre. Diese unfreiwillige Stellvertretung bei der Belangung de in r. v. wäre schwer erklärlich, wenn uns nicht dieselbe Erscheinung da begegnen würde, wo der im Miteigenthum stehende Sklave bei beiden condomini ein Pekulium hat. Jeder Miteigenthümer kann bis zum Betrage des Gesammtpekulium verurtheilt werden, vorbehaltlich seines Regresses gegen den condominus[4]). Daß B für die Versionsverpflichtung des A einstehen muß, ist nur eine analoge Anwendung dieses Satzes.

ad 2: Die a. de pec. et de in r. v. ist für den Gläubiger

domini handeln soll. Eine solche Verschiedenheit des Thatbestandes hätten m. E. die römischen Juristen deutlicher hervorheben müssen, um so mehr, als die Miteigenthümer auch in fr. 13 cit. mit dem zweideutigen Wort socii bezeichnet werden.

[4]) fr. 27 § 8 de pec. 15, 1.

bequemer als eine selbständige a. de in r. v. gegen A, weil sie ihm bei partieller Version die Möglichkeit gibt, den durch das Versum nicht gedeckten Theil seiner Forderung mit derselben Klage aus dem Pekulium zu erhalten. Dieser Vortheil wird einigermaßen dadurch aufgewogen, daß der Gläubiger die Möglichkeit, jeden von beidem condomini de pec. zu belangen, durch die Ademption verloren hat. — Aber die in fr. 14 cit. getroffene Entscheidung hat vielleicht das Interesse des ex versione verpflichteten condominus A im Auge. Wäre er durch die partielle Ademption der selbständigen Versionsklage verfallen, so wäre ihm die Befugniß, an den Sklaven zu leisten, entzogen. Da nun aber die Möglichkeit einer solchen Leistung besteht, so lange der Sklave, wenn auch beim Miteigenthümer B, ein Pekulium hat, so wollten die Juristen vielleicht dem Miteigenthümer A diese facultas solvendi nicht ohne zwingenden Grund entziehen und verwiesen zu diesem Zwecke den Gläubiger auf die a. de pec. vel de in r. v. gegen B.

Wir müssen nunmehr die bisher zurückgestellte Frage untersuchen, ob eine Versionsklage auch dann entstehen könne, wenn der Gewaltunterworfene zur Zeit des Abschlusses des Rechtsgeschäftes kein Pekulium hatte. Die Mehrzahl der Autoren behauptet die Möglichkeit einer in diesem Sinne selbstständigen a. de in r. v.[5]). Als Gegner dieser Lehre ist unter den Neueren vor Allem Baron zu nennen. Für ihn beruht die Versionsklage auf einem Naturalanspruch das persona subiecta, und da ein solcher Anspruch nur als Bestandtheil des Pekulium möglich sei, so könne ohne Pekulium keine Version entstehen.

Auch ich habe, freilich in anderer Weise als Baron, die Versionsklage auf den Naturalregreß der persona subiecta zurückgeführt und muß daher die Möglichkeit einer Versionsklage in den Fällen, in welchen es an einem solchen Regresse fehlt, in Abrede stellen. Ich halte es jedoch (aus Gründen, die sich aus dem Folgenden ergeben), für nothwendig, die Fälle, in denen ein Sklave,

[5]) Ruhstrat, Jahrb. f. Dogm., Bd. 15, S. 280 fg., Löwenfeld, S. 1 fg., Mandry II, S. 456, 460, Grimm, S. 15 fg.

und die, in welchen ein Haussohn auftritt, gesondert zu besprechen.

I. Hat ein Sklave sine peculio kontrahirt, so hat dieser Vorgang für ihn selbst keinerlei Rechtsfolgen. Er hat sich mit keiner Schuld belastet, auch nicht in dem uneigentlichen Sinne, in welchem man sagen kann, daß ein Sklave sein Pekulium belastet, weil die Zahlung auf Kosten desselben erfolgt; und auch wenn er freigelassen wird, kommt das, was er in servitute versprochen hat, für ihn nicht in Betracht. Daher kann der servus sine peculio, wenn er den erhaltenen Werth in das Vermögen des Herrn bringt, keinen Regreß gegen diesen haben und damit fehlt nach unserer Theorie die unentbehrliche Grundlage der Versionsklage.

In der That läßt sich aus den Quellen kein sicherer Fall nachweisen, in welchem eine Versionsklage aus dem Rechtsgeschäft eines servus sine peculio anerkannt wäre. Daß bei Besprechung der Versionsklausel häufig das Pekulium nicht erwähnt wird, ist kein Argument für die Existenz einer selbstständigen Versionsklage; denn dem Kläger kommt es in erster Linie auf die Version an, die Haftung des Pekulium ist gewissermaßen subsidiärer Natur; daher ist es erklärlich, daß die Möglichkeit der Befriedigung aus dem Pekulium in der juristischen Erörterung häufig in den Hintergrund tritt.

Wenn die herrschende Lehre trotzdem für eine selbstständige Versionsklage eintritt, so wird sie dabei, wie mir scheint, von dem mehr oder minder bewußten Bestreben geleitet, eine vermeintliche Lücke im Klagensystem auszufüllen, aus welcher eine unbillige Bereicherung des Herrn auf Kosten des Gläubigers sich zu ergeben scheint: wenn die Versionsklage — so könnte man sagen — dem Gläubiger zu Gebote steht, welcher sich außerdem auch noch an das Pekulium halten kann, so darf sie ihm um so weniger da versagt werden, wo ihm die Möglichkeit fehlt, aus einem Pekulium Befriedigung zu suchen. Diese auf den ersten Blick einleuchtende Argumentation ist jedoch aus zwei Gründen nicht haltbar:

1. Der Gläubiger hat es seiner eigenen Unbesonnenheit zuzuschreiben, wenn er mit einem servus sine peculio kontrahirt, ohne sich der Zustimmung des Herrn in der Form des iussus zu

versichern. Er muß ja auch, wenn keine Version beabsichtigt ist, das Risiko des Irrthums über die Existenz eines Pekulium übernehmen und ebenso bei Veräußerungsakten des Sklaven sich über die libera administratio desselben Gewißheit verschaffen. Eine andere Regelung war unmöglich, wenn man nicht das Vermögen des Herrn der Willkür seines Sklaven überlassen wollte. Man kann übrigens annehmen, daß die Thatsache, ob ein Sklave ein Pekulium hatte oder nicht, mit einem gewissen Grade von Sicherheit aus seiner Lebensstellung auch für dritte Personen erkennbar war. Wenn sich aber einmal ein Gläubiger mit einem servus sine peculio einließ, so konnte er sich nicht darüber beschweren, daß ihm die a. de peculio und die mit dieser zusammenhängende Versionsklage versagt blieb.

2. Das Fehlen der a. de in r. v. bedeutet nicht gänzliche Schutzlosigkeit des Gläubigers; denn in Ermangelung der adjektivischen Klagen können ihm u. U. nach allgemeinen Grundsätzen Ansprüche gegen den Herrn zustehen. So z. B. die a. doli, wenn der Herr durch sein Benehmen den Schein erweckt hatte, als ob er ein Pekulium koncedirt habe[6]). Vor Allem aber kommt hier die cond. sine causa in Betracht. Diese Klage ersetzt die a. de in r. v., indem sie für den Gläubiger zu demselben Resultat führt; sie ist aber auch, was ich besonders hervorheben möchte, nur da möglich, wo die Versionsklage nicht vorhanden ist, und zwar aus zwei Gründen: a) von einer Bereicherung des Herrn kann nicht gesprochen werden, wenn der Vergrößerung des Patrimonium ein Naturalregreß des Sklaven gegenübersteht; b) wenn man das eben Gesagte nicht zugeben will, so muß man dennoch die condictio sine causa in den Fällen der Version deswegen verwerfen, weil die Zuwendung an den Herrn auf einem anerkannt rechtsbeständigen Grunde beruht[7]).

[6]) arg. fr. 20 pr. de d. m. 4, 3. Ebenso ist der in fr. 4 § 3 de edendo 2, 13 erwähnte Manifestationseid gegen einen Dolus des Herrn bei nicht vorhandenem Pekulium gerichtet. Außerdem kann u. U. in dem Kontrahiren eines servus sine peculio ein dolus oder furtum des Sklaven enthalten sein, für welches der Herr noxaliter einzustehen hat.

[7]) fr. 11 § 8 de inst. act. 14, 3 . . . cum dominus a servo emit, est emptio, licet non sit dominus obligatus. Vgl. Mandry I, S. 152.

Wenn dagegen die Versionsklage ausgeschlossen ist, so haben wir, da die Handlung des Sklaven sine peculio ganz der juristischen Bedeutung ermangelt, einen Thatbestand vor uns, in welchem der Herr auf Kosten des Dritten sine causa bereichert ist. Die Abhilfe liegt in der condictio.

In diesem Sinne verstehe ich fr. 12 de reb. cred. 12, 1:

si a furioso quem compotem mentis esse putares pecuniam quasi mutuam acceperis, eaque in rem tuam versa fuerit, condictionem furioso adquiri Julianus ait: nam ex quibus causis ignorantibus nobis actiones adquiruntur, ex isdem etiam furioso adquiri. item si is qui servo crediderat furere coeperit, deinde servus in rem domini id verterit, condici furiosi nomine posse. et si alienam pecuniam credendi causa quis dederit, deinde furere coeperit et consumpta sit ea pecunia, condictionem furioso adquiri. (Pomponius)[8]).

Daß es sich hier um einen Sklaven ohne Pekulium handelt, kann man m. E. ohne Schwierigkeit annehmen; denn sonst hätte Pomponius doch erwähnt, daß der Herr, auch ohne daß das Geld ihm zukommt, de peculio haftet. Die condictio halte ich für eine cond. sine causa. Allerdings sagt Mandry II, S. 328: „warum die durch das credere bedingte Kondiktion nicht condictio ex mutuo sein sollte, läßt sich nicht absehen". Allein die fr. 12 und 24 citt. handeln von Fällen, in welchen ein furiosus eine Forderung ohne seinen Willen erwirbt. Namentlich wird unser Fall mit dem anderen verglichen, daß eine freie Person ein Darlehen von einem furiosus aufnimmt; hier entsteht die Klage nicht schon mit dem Empfang des Geldes, sondern erst dadurch, daß das Geld oder dessen Werth in das Vermögen des Empfängers übergeht, welchen Vorgang Pomponius im untechnischen Sinn versio nennt[9]); der Anspruch beruht also auf dem quasikontrakt-

[8]) Vgl. das fast gleichlautende fr. 24 de o. et a. 44, 7.

[9]) Daß „versio" nicht immer die technische Bedeutung (= Thatbestand der a. de in r. v.) hat, ist schon von Löwenfeld S. 37 bemerkt worden. Die allgemeine Bedeutung „verwenden" hat vertere auch in fr. 31 § 1 de lib. leg. 34, 3 (Scaevola): inter cetera liberto ita legavit: et si quid me vivo gessit, rationes ab eo exigi veto. quaeritur, an char-

lichen Thatbeſtand der Bereicherung und nicht auf einem Darlehn, für welches es an dem unentbehrlichen Konſenſe fehlt. Ebenſo ſoll es ſich verhalten, wenn Jemand einem fremden Sklaven ein Darlehn gibt, dann in Wahnſinn verfällt, und hierauf der Sklave vertirt: furioso condictio adquiritur, heißt es in fr. 24 cit. Vor der ſog. Verſion beſtand alſo keine Klage. Das iſt erklärlich, wenn man einen servus sine peculio vorausſetzt, der durch die Annahme des Geldes weder ſich noch ſeinen Herrn kontraktlich verpflichtet. Auch iſt der Herr dadurch allein, daß ein ſolcher Sklave Geld in die Hände bekommt, nicht bereichert, denn er hat an dieſem Gelde noch kein Eigenthum erworben [10]). Wenn aber der Sklave das Geld in die Kaſſe des Herrn eingezahlt oder in anderer Weiſe für ihn verwendet hat, dann erſt iſt der Herr um dies Geld reicher geworden; die Klage, die aus dieſem Thatbeſtande entſpringt, iſt daher richtiger Weiſe als cond. sine causa zu charakteriſiren.

Von einem servus sine peculio iſt m. E. auch fr. 17 § 4 de inst. act. 14,3 zu verſtehen:

---

tas, in quibus rationes conscriptae sunt, item reliquas secundum accepta et expensa heredibus reddere debeat. respondit ea de quibus quaereretur posse heredes vindicare, id autem, quod conservis, qui remanent in hereditate, crediderit et in rem domini versum esset, desisse in reliquis esse. Soweit das Darlehen an den Mitſklaven dem Erben zu Gute gekommen iſt, gelten die reliqua damit als reſtituirt. Von einer techniſchen versio als Grundlage der a. de in r. v. kann hier keine Rede ſein, ſchon weil es an einem Verſionsgläubiger, cuius pecunia in rem domini pervenit, fehlt. Vgl. auch fr. 3 § 3 de contr. tut. 27, 4. quare et si in usus suos convertit, deinde aliquid impendit in rem pupillarem, quam impendit desinit vertisse et exinde usuras non praestabit. et si ante impendit in rem pupillarem, mox in usus suos vertit, non videbitur vertisse quantitatem, quae concurrit cum quantitate sibi debita ut eius summae non praestet usuras.

[10]) Dazu bedarf es nach herrſchender Lehre noch der Zuſtimmung des Herrn, vgl. oben § 14, Note 11. Nimmt man mit Salkowſki an, daß Tradition an den Sklaven den Herrn auch ohne ſein Wiſſen zum Eigenthümer macht, ſo muß doch die Bereicherungsklage gegen den Herrn wegfallen, wenn der Sklave das geliehene Geld, ſtatt es an ſeinen Herrn abzuliefern, zu eigenen Zwecken verbraucht.

Proculus ait, si denuntiavero tibi, ne servo a me praeposito crederes, exceptionem dandam: si ille illi non denuntiaverit, ne illi servo crederet. sed si ex eo contractu peculium habeat aut in rem meam versum sit nec velim quo locupletior sim solvere, replicari de dolo malo oportet. nam videri me dolum malum facere, qui ex aliena iactura lucrum quaeram. (§ 5) ex hac causa etiam condici posse verum est.

Auf den ersten Blick scheint hier die Möglichkeit einer Version trotz Nichtvorhandensein eines Pekulium statuirt zu sein. Allein die Stelle handelt, genauer betrachtet, nicht von der actio de in r. v., sondern von einer a. institoria, welche in Ermangelung ihrer normalen Erfordernisse dennoch, mit Hilfe einer replica doli, dem Kläger Befriedigung verschaffen soll[11]). Die entscheidenden Worte enthalten eine Textverderbniß. Selbst wenn man die von Mommsen vorgeschlagene Umstellung: sed si pec. habeat aut in rem meam versum sit ex eo contractu annimmt, bleibt die Ausdrucksweise der Stelle unvollständig: zu welcher Leistung soll der Beklagte verpflichtet sein, wenn der Sklave ein Pekulium hat? Doch wohl — obgleich es die Stelle nicht sagt — zu der Leistung, welche der Gläubiger actione de peculio erzwingen könnte; denn bekanntlich wird die Pekuliarklage auch aus den Geschäften gewährt, die wider Willen des Herrn abgeschlossen sind[12]). Entsprechend würde der Kläger, wenn der servus cum peculio in das Vermögen des Herrn vertirt hätte, so viel verlangen können, als ihm die a. de in r. v. verschaffen könnte. Wenn dagegen der Sklave sine peculio vertirt hat, so soll der Beklagte seine Bereicherung herausgeben. Welcher Klage entspricht dieser replikationsweise geltend gemachte Anspruch? Müßte man annehmen, daß es die a. de in r. v. ist, so wäre damit nachgewiesen, daß diese Klage auch ohne Pekulium existiren kann. Diese Annahme wird jedoch durch § 5 des fr. 17 cit. widerlegt, in welchem als

[11]) Das wird übersehen von Mandry, II, S. 457 482.

[12]) fr. 47 pr. de pec. 15, 1: quotiens in taberna ita scriptum fuisset: cum Januario servo meo geri negotium veto, hoc solum consecutum esse dominum constat, ne institoria teneatur, non etiam de peculio.

passende actio die condictio (sine causa) genannt ist. So verstanden ist fr. 17 eine Bestätigung meiner Ansicht, daß in Ermangelung eines Pekulium die Versionsklage unzulässig ist, und daß, wenn der Herr durch die Handlungsweise des Sklaven bereichert ist, die condictio aushilft.

Die Anhänger der Bereicherungstheorie würden darin nur eine Verschiedenheit der Formulirung sehen, da für sie die Versionsklage auf demselben Fundament der Bereicherung, wie die condictio, beruht. Von diesem Ausgangspunkte müßte man dazu kommen, aus demselben Thatbestand, welcher die a. de in rem verso erzeugt, auch eine cond. sine causa zu gewähren. So sagt auch Mandry II S. 338: „Haftet der Gewalthaber . . . der actio de in rem verso gegenüber bis zu dem Betrage des Versum, so kann er es nicht ungerechtfertigt finden, unter derselben Voraussetzung und materiell bis zu demselben Betrage der direkten durch die datio (sc. den Eigenthumserwerb) ermöglichten Kondiktion ausgesetzt zu sein" [18]). Ich meinerseits halte eine solche Konkurrenz von Versions- und Bereicherungsklage für unmöglich und zwar deswegen, weil zwischen beiden Klagen ein wesentlicher Gegensatz in Bezug auf Grundlage und Umfang besteht: bei der condictio kommt zur Frage, ob das Vermögen des Herrn als einheitliches Ganze eine Vermehrung erfahren hat (denn das Civilrecht kennt kein Sondergut des Sklaven); daher ist die condictio vollkommen am Platz, wo es kein Pekulium gibt. Die adjektivische Versionsklage dagegen spaltet das Herrenvermögen in Patrimonium und Pekulium und erfaßt nur den Betrag, welchen das Patrimonium dem Sklaven in der Weise (nämlich liberandi causa) schuldet, daß darin kein normaler Pekuliarbestandtheil erblickt werden kann. Daraus ergiebt sich, daß das Versum inhaltlich mit dem Betrag der Bereicherung des Herrn nicht immer zusammenfällt, sondern bald die Bereicherung übersteigt (wenn z. B. ein nothwendiges Geschäft mit unglücklichem Erfolge unternommen wurde),

---

[18]) Auch Baron, Abhandlungen aus dem Röm. Civilprozeß I, S. 251 nimmt an, daß die condictio mit der Versionsklage konkurrirt, weil letztere auf dem civilen Verpflichtungsgrund der Bereicherung beruhe.

bald hinter ihr zurückbleibt (wenn z. B. das Versum durch Naturalschulden des insolventen Sklaven aufgewogen wird).

Ein schönes Beispiel für die inhaltliche Verschiedenheit zwischen Versionsklage und Kondiktion findet sich in fr. 5 § 8 de n. g. 3, 5:

> sed si ego tui filii negotia gessero vel servi, videamus, an tecum negotiorum gestorum habeam actionem. et mihi videtur verum, quod Labeo distinguit et Pomponius libro vicensimo sexto probat, ut, si quidem contemplatione tui negotia gessi peculiaria, tu mihi tenearis; quod si amicitia filii tui vel servi vel eorum contemplatione, adversus patrem vel dominum de peculio dumtaxat dandam actionem. idemque est et si sui iuris esse eos putavi nam et si servum non necessarium emero filio tuo et tu ratum habueris, nihil agitur ratihabitione. eodem loco Pomponius scribit hoc adiecto, quod putat, etsi nihil sit in peculio, quoniam plus patri dominove debetur, et in patrem dandam actionem, in quantum locupletior ex mea administratione factus sit.

Pomponius setzt voraus, daß C als Geschäftsführer eines Hausſohnes für diesen eine unnütze Sache kauft. Der Vater genehmigt, aber ohne rechtliche Wirkung, denn der animus negotia gerendi des C bezog sich nicht auf ihn, sondern auf den Sohn[14]). Wenn der Sohn die Genehmigung ertheilt, so entsteht eine a. de peculio, aber keine Versionsklage; denn es fehlt hier an dem Haupterforderniß der Versionsklage, dem negotium domini (oben § 10). Nun will Pomponius nichtsdestoweniger eine Klage auf die Bereicherung des Vaters gewähren. Einige Schriftsteller wollen darin die a. de in r. v. erkennen[15]). Mir scheint die Unrichtigkeit dieser Ansicht aus der Stelle selbst hervorzugehen[16]):

---

[14]) Vgl. oben § 10, Note 1.

[15]) Witte, S. 37 fg., S. 264, Seuffert, Ratihabition, S. 21, Mandry II, S. 469, 528, Note 3, Kohler, Jahrb. f. Dogm., Bd. 25, S. 72, Grimm, S. 75.

[16]) Nach meiner Theorie ist die Versionsklage in dieser Stelle schon dadurch ausgeschlossen, daß es an jedem Naturalanspruch speziell an einem

das Pekulium ist mit Schulden an den Vater überlastet; nun haben wir (oben § 16 S. 229 fg.) gesehen, daß die Naturalschulden des Sklaven das Versum aufheben, weil die Deduktionsposten in erster Linie gegen den Liberationsanspruch, auf dem die Versionsklage beruht, kompensirt werden, und gerade Pomponius vertritt in fr. 10 § 7 sq. h. t. diesen Satz. Deswegen scheint es mir unmöglich, daß derselbe Jurist in unserer Stelle eine Versionsklage gewähren wolle, vielmehr nehme ich an, daß Pomponius dem Geschäftsführer C eben deshalb, weil er auf dem Wege der adjekticischen Klage leer ausgehen müßte, in anderer Weise, vom Standpunkt der Bereicherung aus, zu helfen sucht. Und allerdings kann der Vater als bereichert gelten: C wollte ein Geschäft des Pekulium führen, da aber das Pekulium überschuldet ist, so hat er, ohne es zu wollen, statt dem Sohne, dem Gläubiger desselben, d. h. dem Vater, genützt. Wir haben es hier mit einem der Nothfälle zu thun, in denen es billig erscheint, dem Geschäftsführer, der gegen D, dessen Interesse er wahren wollte, keinen effektiven Regreß hat, einen Bereicherungsanspruch gegen X zu verleihen, dessen Nutzen die Geschäftsführung thatsächlich gefördert hat [17]).

So sind denn Bereicherungs- und Versionsklage gänzlich verschiedene Rechtsmittel, die sich gegenseitig ausschließen, und zwar in der Weise, daß bei Vorhandensein eines Pekulium die Versionsklage zur Anwendung kommt, die condictio aber nur da, wo das Vermögen des Herrn ein einheitliches ist oder wo aus besonderen Gründen die Existenz eines Pekulium keine den Herrn verpflichtende Wirkung hat [18]).

Liberationsanspruche gegen den Vater mangelt. Vgl. ebenfalls gegen die Annahme einer a. de in r. v. Ruhstrat, Archiv f. civ. Prax., Bd. 34, S. 76, und Zimmermann, Aechte und unächte neg. gestio, S. 72.

[17]) Windscheid, Pandekten, § 431, Note 6. Berücksichtigt man die Analogie, welche zwischen einem insolventen Pekulium und einer Konkursmasse besteht, so erkennt man, daß die Bereicherungsklage des fr. 5 § 8 cit. auf demselben Rechtsgedanken beruht, wie die Masseforderung des § 52 Nr. 3 der Konkursordnung. Vgl. oben § 4, Note 27.

[18]) Vgl. oben § 8, S. 166 über die cond. furtiva aus dem Diebstahl eines mit Pekulium versehenen Sklaven.

Die Konkurrenz zwischen Bereicherungs- und Versionsklage wäre auch wohl nie behauptet worden, wenn sie nicht in § 8 I. quod cum eo 4, 7 eine scheinbare Stütze hätte:

> illud in summa admonendi sumus id, quod iussu patris dominive contractum fuerit quodque in rem eius versum fuerit, directo quoque posse a patre dominove condici tamquam si principaliter cum ipso negotium gestum esset.

Ueber die Bedeutung dieser Stelle besteht bekanntlich ein lebhafter Streit[19]). Nach dem, was ich eben über die inhaltliche Verschiedenheit zwischen Bereicherung und Versum ausgeführt habe, erscheint es mir richtig, die condictio des § 8 cit. als die „generelle Kondiktion" aufzufassen, die uns bekanntlich in fr. 9 de reb. cred. 12, 1 mit großer Emphase mitgetheilt und in fr. 9 § 2 cit.[20]) ausdrücklich auf das Gebiet der adjekticischen Klagen angewendet wird. Die generelle condictio ist eine Form, welche den durch anderweitige Verpflichtungsgründe fixirten Inhalt in sich aufnimmt, sie kann daher dem Kläger nur das verschaffen, was er mit der Versionsklage erlangen würde, und bewirkt keine Aenderung des materiellen Versionsrechts. Ob diese generelle condictio dem klassischen Rechte angehört, ist hier nicht zu untersuchen.

II. Wir wenden uns nun zur Frage, ob aus dem Rechtsgeschäft eines filius familias sine peculio eine Versionsklage entstehen könne. Hier ist die Rechtslage ganz anders als beim Sklaven: neben einer eventuellen adjekticischen Haftung des Vaters entsteht unter allen Umständen eine civile Verpflichtung des Sohnes, welche auch nach Aufhören der väterlichen Gewalt, gemildert durch das beneficium competentiae (fr. 2 quod cum eo 14, 5), bestehen bleibt. Wenn nun der Sohn im Interesse des Vaters kontrahirt, so hat er damit, anders als der servus sine peculio, eine Belastung seiner Person und seines künftigen Vermögens bewirkt. Beim Haussohn ist daher, auch wenn er kein

[19]) Vgl. darüber neuestens Pernice, Ztschft. d. Sav.-Stiftung, Bd. 13, S. 248 fg.

[20]) sive autem suo nomine quis obligatus sit sive alieno per hanc actionem recte convenitur.

Pekulium hat, für einen naturalen Liberationsregreß ein Anlaß vorhanden, der, wie wir gesehen haben, beim servus sine peculio fehlt. Aus dem Regreß des Sohnes könnte also eine Versionsklage des Gläubigers erwachsen.

Nun behauptet zwar Mandry I, S. 157 fg., daß naturale Schulden des Hausvaters gegenüber dem Hauskinde nur existiren können, „weil, wenn und soweit das Hauskind ein Pekulium hat“ [21]). Allein diese Behauptung ist nicht ohne Widerspruch geblieben [22]) und läßt sich m. E. mit der Behandlung der Schulden des Haussohns beim Tode des Vaters kaum vereinigen. Es kommt namentlich in Betracht fr. 20 § 1 fam. herc. 10, 2:

> si filius familias iussu patris obligatus sit, debebit hoc debitum praecipere: sed et si in rem patris vertit, idem placet, et si de peculio [sit actio, eatenus] peculium praecipiet. et ita imperator noster rescripsit. (Ulpianus) [23]).

Wenn der Sohn ein Pekulium hatte, so präcipirt er es bis zum Betrag seiner Pekuliarschulden. Dieses Recht des Sohnes beruht auf keinerlei Naturalanspruch desselben gegen den Vater, sondern auf der Billigkeitserwägung, daß der Sohn bei Lebzeiten des Vaters die Möglichkeit hatte, seine Schulden aus dem Pekulium zu tilgen und sich wohl gerade mit Rücksicht auf diese Möglichkeit obligirt hatte. Dagegen ist das Präceptionsrecht des Haus-

---

[21]) Ebenso Windscheid, Pandekten, § 289, Nr. 6. Vgl. oben § 2, Note 12.

[22]) Brinz, Pandekten, Bd. II, § 220, S. 46, der sich sonderbarer Weise in Note 9 auf fr. 50 § 2 de pec. 15, 1 beruft, welche Stelle von der Naturalverpflichtung gegenüber Dritten handelt; Dernburg, Pandekten, Bd. II, § 5, Note 2.

[23]) Vgl. auch fr. 20 § 6 eod. 10, 2: idem (sc. Papinianus) scribit, et si filius in muneribus publicis, in quibus pater ei consentit, reliquatus est et pro parte heres scriptus est, hoc quoque debere praecipere, quia et hoc patris aes alienum fuit: sed si qua munera post mortem patris suscepit, ab his heredes patris soluti sunt. Für die Schulden aus munera publica des Sohnes haftete der Vater nicht de peculio, sondern in solidum aus seiner Einwilligung, Mandry II, S. 250, Sokolowski, Mandatsbürgschaft, S. 34 fg., so daß sich die Gemeinde an die Erben des Vaters halten konnte.

ſohnes, welcher ſich, ohne ein Pekulium zu haben[24]), auf Befehl[25]) oder im Intereſſe des Herrn verpflichtet hat, m. E. aus einem Naturalanſpruch gegen den Vater zu erklären[26]); denn was der Sohn von ſeinem Miterben fordert, nämlich die Mittel zur Befreiung von ſeiner Schuld, das konnte er ſchon von ſeinem Vater verlangen; das iſt unbeſtritten für den Fall, daß der Sohn ein Pekulium beſaß, und darauf gründet ſich m. E. die actio de in rem verso. Warum ſoll das anders ſein, wenn dem Hausſohn gar keine Zahlungsmittel zu Gebote ſtehen und er daher um ſo mehr Grund hat, zu erwarten, daß der Vater ihn von der zu des Vaters Nutzen eingegangenen Verbindlichkeit befreien werde? Dieſe

---

[24]) Die Reihenfolge der in fr. 20 § 1 cit. aufgezählten Verpflichtungsgründe geſtattet und verlangt ſogar, wie mir ſcheint, die Annahme, daß Ulpian bei iussus und versio an einen filiusfamilias sine peculio gedacht hat.

[25]) Für das Präceptionsrecht kann es m. E. nicht wie für die a. quod iussu (§ 13 S. 204), darauf ankommen, daß der Vater ſeine Zuſtimmung dem Gläubiger mitgetheilt hat. Der Sohn muß ſich, wenn es ſich darum handelt, eine übernommene Verpflichtung auf den Nachlaß abzuwälzen, auf jede ihm gegenüber abgegebene Zuſtimmung des Vaters berufen können. Daß iussus im internen Verhältniß zwiſchen Vater und Sohn dieſe Bedeutung haben kann, geht aus dem in fr. 2 pr. quod cum eo 14, 5 referirten Edikt hervor: in eum qui emancipatus aut exheredatus erit etc .. sive sua voluntate sive iussu eius in cuius potestate erit contraxerit, sive in peculium ipsius sive in patrimonium eius cuius in potestate fuerit ea res redacta fuerit, actionem causa cognita dabo in quod facere potest." — Andrerſeits denke ich mir die Präception wegen iussu patris eingegangener Verbindlichkeiten auf die Fälle beſchränkt, in welchen das durch den iussus gedeckte Rechtsgeſchäft dem Intereſſe des Vaters, und nicht des Sohnes, diente (vgl. fr. 39 § 5 fam. herc. 10, 2). Das iſt nun, wenn der Sohn kein Pekulium hat, nothwendiger Weiſe der Fall, aber auch bei vorhandenem Pekulium wird der iussus regelmäßig im Intereſſe des Jubenten vorkommen, weil für die Interceſſion des Vaters oder Herrn als normale Geſchäftsform die fideiussio zu Gebote ſtand, vgl. fr. 25 ad SC. Vell. 16, 1 (dazu Sokolowſki, Mandatsbürgſchaft S. 22) und fr. 9 § 8 de pec. 15, 1.

[26]) Dagegen Mandry I, S. 163, der ſich gegen die Möglichkeit einer Naturalforderung in unſerem Falle vor Allem auf fr. 6 § 4 de pec. leg. 33, 8 beruft, eine Stelle, welche unten § 18, S. 277 ihre Erklärung finden wird.

gerechtfertigte Erwartung des Hausſohnes darf man m. E. als Naturalanſpruch bezeichnen. Wenn die Naturalanſprüche des Sohnes in den Quellen ſtets im Zuſammenhang mit einem Pekulium begegnen, woraus der Anſchein entſteht, als ob das Pekulium Vorausſetzung der obl. natur. patris ſei, ſo erklärt ſich dieſe Thatſache zur Genüge aus folgender Erwägung:

Alle anderen Naturalanſprüche des Sohnes, außer dem Regreß aus Interceſſion, haben das Pekulium zur thatſächlichen Vorausſetzung; denn ein Sohn ohne Pekulium kann ſeinem Vater weder eine Sache verkaufen noch ein Darlehn geben u. ſ. w. Nur der Liberationsregreß des Sohnes kann auch ohne Pekulium entſtehen, weil er keine Zuwendung von Seiten des Sohnes erfordert oder enthält, ſondern aus der Verpflichtungsfähigkeit des Sohnes hervorgeht. Aber der Naturalregreß kann vom Hausſohne gegen den Vater nicht durchgeſetzt werden und bleibt daher zunächſt wirkungslos: er kommt erſt zur Geltung: a) wenn der Sohn auf Grund ſeines Regreſſes ein Präceptionsrecht ausübt; b) wenn der Gläubiger, ſtatt gegen den Sohn eine zunächſt erfolgloſe Klage zu erheben[27]), den Regreß des Sohnes zu eigenem Nutzen gegen den Vater geltend machen will, und das iſt ihm m. E. in der Form der a. de in r. v. erlaubt[28]).

Meine Annahme, daß eine Verſionsklage beim Hausſohn auch ohne Pekulium möglich iſt, wird einigermaßen dadurch unterſtützt, daß in mehreren Stellen, welche die a. de in r. v. aus einem

[27]) Verweigert der Prätor causa cognita (ſiehe das oben, Note 25 abgedruckte Edikt) dem Gläubiger die Klage gegen den exheredirten Sohn (weil z. B. die angeſchafften Werthe dem Vater zu Gute gekommen waren, und der Sohn nur wenig oder nichts aus der Erbſchaft bekommen hat), ſo wäre der Gläubiger, wenn der Sohn kein Pekulium hatte, und wenn eine auf den Naturalregreß des Sohnes gegründete Verſionsklage deshalb nicht möglich wäre, vollkommen ſchutzlos geblieben.

[28]) Ein dritter Fall, in welchem der Liberationsregreß des Hausſohnes zur Geltung kommen kann, iſt ſeine Emancipation. fr. 10 § 2 de fideius. 46, 1 in f.: plane si emancipatus solverit (sc. filius qui pro patre fideiusserat) utilis ei actio debebit competere. Vgl. die analoge a. utilis, welche dem Hausſohn gegeben wird, der ſich für einen Dritten verbürgt und pater familias factus gezahlt hat, fr. 12 § 6 mand. 17, 1, fr. 47 de her. inst. 28, 5, Mandry I, S. 269, Lenel, Edictum perp., S. 236.

Rechtsgeschäfte eines Hausſohnes gewähren, das Pekulium nicht erwähnt wird, ſo z. B. in fr. 10 pr. — § 2 h. t. Indeſſen könnte hier, wie ſo oft, der Hinweis auf die Pekuliarhaftung als ſelbſtverſtändlich weggeblieben ſein[29]; auffallend iſt es dagegen, daß Ulpian in fr. 10 § 2 de fidej. 46, 1[30]) alle Wege, die zur Befriedigung des Gläubigers führen können, beſpricht, die Pekuliarhaftung[31]) aber nicht erwähnt. Dürfte man daraus auf das Fehlen eines Pekulium ſchließen, ſo wäre die Unabhängigkeit der Verſionsklage vom Pekulium für den Hausſohn bewieſen. Zieht man ferner in Betracht, daß Ulpian in fr. 10 § 2 D 46, 1 ſich recht vorſichtig ausdrückt (tamen quasi in rem patris versum sit potest agi cum patre) und daß er ſich in fr. 10 pr. — § 2 h. t. zweimal auf die Autorität Papinians beruft, ſo liegt es nahe, in der „ſelbſtſtändigen" Verſionsklage gegen das Hauskind sine peculio das Reſultat einer neueren Entwicklung zu ſehen. Dieſe Annahme gibt uns vielleicht die Möglichkeit, die viel beſprochene a. de in r. v. utilis in den einen ähnlichen Fall beſprechenden fr. 20 pr. und 21 h. t. zu erklären.

fr. 20 pr. (Scaevola libro primo responsorum): pater pro filia dotem promisit et convenit, ut ipse filiam aleret: non praestante patre filia a viro mutuam pecuniam accepit et mortua est in matrimonio. respondi, si ad ea id quod creditum est erogatum esset, sine quibus aut se tueri aut servos paternos exhibere non posset, dandam de in rem verso utilem actionem.

fr. 21 (Scaevola libro quinto digestorum): filiam familias duxit uxorem patre dotem promittente et convenit inter omnes personas, uti eam pater aut ipsa se tueretur. maritus ei mutuos nummos dedit, cum iuste putaret patrem eius ministraturum tantum salarium quantum dare filiae suae instituerat. eos nummos illa in usus necessarios sibi et in servos quos secum habebat consumpsit aliquantum et, cum ei res familiares creditae essent, ex pecunia mariti in eas-

[29]) Vgl. oben S. 243.

[30]) Abgedruckt oben, § 8, S. 148.

[31]) fr. 3 § 5 sq. de pec. 15, 1.

dem causas convertit. deinde priusquam pater salarium expleret moritur filia. pater impensam recusat. maritus res mulieris retinet. quaero, an de in rem verso adversus patrem actio competat. respondit, si ad ea id quod creditum est erogatum esset, sine quibus aut se tueri aut servos paternos exhibere non posset, dandam de in rem verso utilem actionem.

Die bisherigen Erklärungsverſuche können m. E. nicht genügen[32]):

1. Mandry II, S. 466, Note 3 nimmt an, die Verſionsklage ſei deshalb utilis, weil die Tochter nach Lage der Sache zunächſt suum negotium gerirt habe[33]). Von der Erhaltung der servi paterni kann man das nicht ſagen, es ſei denn, daß man der Tochter ein Pekulium zuſchreibt, was ich nicht für richtig halte (vgl. unten S. 258). Aber auch der Unterhalt der Tochter ſelbſt iſt negotium paternum[34]), denn der Ehemann hat die Alimentirungspflicht ausdrücklich wegbedungen. Wenn es ſich aber wirklich um ein eigenes Geſchäft der Tochter handelte, ſo wäre nach meiner Anſicht eine Verſionsklage gänzlich ausgeſchloſſen, denn es würde an dem unentbehrlichen Liberationsregreß mangeln.

2. Löwenfeld S. 51 findet den Grund der Utilität der Klage darin, daß die Frau durch Verwendung von ehemännlichem, nicht geliehenen, Gelde[35]) ein Delikt begangen habe. Allein mir

---

[32]) Keine Erklärung der utilitas findet ſich bei Windſcheid, Pandekten, § 483, Note 7, Dernburg, Pandekten, Bd. II § 14 zu Note 15. — Nicht unbeachtlich iſt die Erklärung des Anonymus in der Sch. 109 zu den Baſiliken XVIII, 7 c. 20: die Verſionsklage ſei utilis, weil die Frauen auch unter patria pot. nicht voll verpflichtungsfähig ſeien cf. c. 11 quod cum eo 4, 26, Mandry I, S. 347 fg. Aber gerade in den Fällen, in welchen die Tochter im Intereſſe des Vaters kontrahirte, hat man wohl ihre Verpflichtungsfähigkeit anerkannt cf. fr. 27 pr. de pec. 15, 1 in f.: longe magis non dubitatur et si in rem versum est, quod (?) iussu patris dominive contractum sit.

[33]) Ebenſo im Weſentlichen Grimm, S. 47 fg.

[34]) Vgl. oben § 10, S. 185 fg.

[35]) fr. 21 cit. . . . aliquantum et, cum ei res familiares creditae (= vom Ehemann zur Verwaltung anvertraut) essent, in easdem causas convertit. Ganz anders werden dieſe Worte von Baron, S. 41, im Anſchluß an die Baſiliken (XVIII, 7 c. 21) verſtanden: es ſoll ſich um

scheint vor Allem der zur rerum amotio erforderliche dolus zu fehlen[36]). Andere Argumente gegen diese Ansicht finden sich bei Mandry und Grimm a. a. O.

3. Baron S. 43 fg. meint, es handle sich um „eine Klage aus dem ursprünglichen Kontrakt, d. h. aus der Stipulation, wirksam (utilis) in Höhe des Verwendeten". Diese Auslegung scheint mir aus mehreren Gründen unhaltbar zu sein[37]): a) die sprachlich so auffallende Wortverbindung a. de in rem verso kommt m. W. nur zur Bezeichnung der technischen Versionsklage vor und ist auch nur in dieser Bedeutung erklärlich; die Beschränkung einer Klage auf die Bereicherung würde besten Falls mit den Worten: de eo quod in rem patris versum est bezeichnet sein können; b) utilis = wirksam, als adjektivischer Zusatz zur Bezeichnung einer Klage ist bekanntlich stets ein Nothbehelf der Interpretation; c) Baron meint, der Ehemann habe einen Vertrag „zu Gunsten der Frau"

Sachen handeln, welche der Vater seiner Tochter (außer den Sklaven) zum Gebrauch überlassen hat; auf diese Sachen habe die Ehefrau aus dem ihr vom Ehemanne geliehenen Gelde Verwendungen gemacht. Scävola soll nun, nach Baron's Ansicht, dahin entscheiden, daß der Vater bloß die Alimentirungskosten, nicht die übrigen Verwendungskosten zu ersetzen brauche. Diese Auslegung scheint mir irrig zu sein (vgl. Mommsen in der großen Digestenausgabe zu fr. 21): Die Frau hat aliquantum, eine gewisse Summe in easdem causas d. h. zu ihrem und der Sklaven Unterhalt verwendet; die Parenthese (cum ei res fam. cred. essent) enthält m. E. den Hinweis darauf, woher sie dieses aliquantum genommen hat. Ferner: Scävola gibt die Versionsklage nicht bloß für die Alimentenkosten, sondern auch für die Kosten der Ernährung des Sklaven; warum soll für die Summen, welche auf andere Sachen des Vaters verwendet worden sind, etwas anderes gelten, wie B. behauptet? Endlich: B. spricht von „Retention des Frauenguts". Es kann sich aber hier um keine retentio ex dote propter impensas handeln, denn die dos ist nur promissa, nicht dagegen an den Ehemann verabfolgt, und die Sklaven (oder sonstigen Sachen), welche die Frau zu ihrem Gebrauch mitbekommen hat, sind keine Bestandtheile der Mitgift.

[36]) Die Frau hat durch Konsumption von Werthen, zu deren Restitution sie verpflichtet war, sich mit einer Schuld (a. mand. dir.) belastet; daß daraus ein Liberationsanspruch entsteht, wenn die Verwendung in fremden Geschäften erfolgt, darüber vgl. oben § 8, S. 160.

[37]) Vgl. gegen Baron auch Grimm a. a. O.

mit dem Vater geſchloſſen. Das iſt wohl nur ein ungenauer Ausdruck für „Vertrag auf Leiſtung an die Frau"; denn da die Frau filia familias iſt, ſo kann weder ſie ſelbſt noch ein Anderer für ſie ein Recht gegen ihren Vater erwerben. Aber auch ein Recht des Ehemannes auf Alimentirung ſeiner Frau möchte ich als Reſultat der conventio nicht annehmen. Es ſcheint mir vielmehr, daß die Wirkung des pactum ſich darauf beſchränke, die Naturalverpflichtung[38]) des Ehemannes zum Unterhalt der Frau auszuſchließen; dafür verzichtet der Ehemann auf Zinſen von der dos promissa. Eine derartige Verabredung kommt in den Quellen nicht ſelten vor[39]). Darum kann die von Scävola gewährte Klage nicht, wie Baron behauptet, aus dem Verſprechen des Vaters hervorgehen.

Nach meiner Anſicht iſt der Grund, weswegen die Verſionsklage von Scävola als a. utilis gewährt wird, in dem Nichtvorhandenſein eines Pekulium zu ſuchen. Eine filia familias uxor kann zwar ſehr wohl neben ihrer Mitgift auch ein Pekulium haben[40]), und man könnte geneigt ſein, in den Sklaven, welche die Ehefrau in unſerer Stelle mitbekommen hat (servi quos secum

[38]) Neuerdings will Kniep, Praescriptio und Pactum S. 126 fg., aus fr. 26 § 3 de pact. dot. 23, 4 eine klagbare Alimentirungspflicht des Ehemannes erſchließen.

[39]) fr 98 de adquir. her. 29, 2 (Scaevola): quae neptis suae nomine . . . . Sempronio tot dotis nomine spoponderat et pro usuris in exhibitionem certam summam praestabat . . . fr. 4 in f. de pact. dot. 23, 4 . . . si pactum tale intervenit, ut maritus fructus in dotem converteret et mulier se suosque aleret tuereturve . . . fr. 12 § 1 eod . . . ut mulier dote promissa se alat et, donec nupta sit, dos ab ea non petatur, aut certam summam viro praestet et ab eo alatur . . . fr. 60 § 3 mand. 17, 1. In unſerer Stelle iſt es dem Ehemann offenbar gleichgiltig, in welcher Weiſe die Alimentirung ſeiner Frau Seitens des Vaters erfolgt, ob durch Naturalleiſtungen oder Auszahlung eines salarium; ſo verſtehe ich die Abrede: uti eam pater aut ipsa se tueretur (vgl. oben § 10 Note 24). Darum iſt auch das Maß der Leiſtungen des Vaters nicht im Vortrage feſtgeſetzt: tantum salarium, quantum dare filiae suae instituerat.

[40]) Vgl. z. B. fr. 3 § 4 de a. r. am. 25, 2. Allerdings bedeutet „peculium" im Dotalrecht nach laxem Sprachgebrauch bisweilen ſoviel wie bona parapherna: fr. 9 § 3 de iure d. 23, 3, fr. 31 § 1 de donat. 39, 5 vgl. Mandry II, S. 79.

habebat, res mulieris) einen Bestandtheil ihres Pekulium zu sehen; dem würde auch nicht widersprechen, daß diese Sklaven in beiden Stellen als servi paterni bezeichnet werden. Wohl aber würde eine Verwendung auf Pekuliarsachen nach dem, was wir oben § 10 S. 174 fg. gesehen haben, nie eine Versionsklage begründen können; der Ehemann könnte vielmehr seine Ansprüche de peculio einklagen, wenn, wie man wohl annehmen darf, der annus utilis post mortem filiae noch nicht abgelaufen ist. Trotzdem wird die Möglichkeit der Pekuliarklage nicht erwähnt, offenbar deshalb, weil ein Pekulium überhaupt nicht bestand.

Aus diesem Grunde konnte die Versionsklage, da sie m. E. nichts Anderes war, als eine Erweiterung resp. ein Ueberrest der a. de pec., streng genommen nicht Platz haben. Allein den Ehemann konnte man gegenüber dem Verlust seines Darlehensanspruches, den er durch den Tod der Frau erlitten hatte, nicht schutzlos lassen. Statt nun das schlecht begrenzte Gebiet der Kondiktionen zu betreten, hat es Scävola vorgezogen, eine analoge Ausdehnung der a. de in r. v. vorzunehmen, wie ich glaube, in durchaus rationeller Weise; denn im Wesentlichen liegt der Thatbestand der Version vor: die Frau ist verpflichtet, sie hat diese Obligation im Interesse des Vaters auf sich genommen und dadurch einen naturalen Liberationsanspruch erworben, welcher ihrem Gläubiger zu Gute kommen kann und muß.

§ 18. Historische Entwickelung der Versionsklage.

Nachdem es mir, wie ich hoffe, gelungen ist, die Versionsklage in ihren Voraussetzungen und Wirkungen aus einem ihr zu Grunde liegenden Regreß des Sklaven zu erklären, und namentlich den Vorzug, den der Versionsgläubiger vor den übrigen Pekuliargläubigern genießt, aus den Eigenschaften des auf Liberation gerichteten Regresses abzuleiten, bleibt mir noch übrig auf einige bisher zurückgestellte Quellenaussprüche einzugehen. In einer dieser Stellen genießt der Gläubiger den Vortheil der Versionsklage nicht, wie gewöhnlich, deshalb, weil er im Pekulium einen naturalen Liberationsanspruch vorfindet, sondern abnormer Weise aus besonderen anders gearteten Gründen. In den übrigen

Stellen finden ſich Ueberreſte einer älteren Anſchauung, welche von der durch Ulpian und Paulus vertretenen endgültigen Theorie der Verſion weſentlich abweicht.

I. Die erſte Stelle iſt fr. 11 § 8 de inst. act. 14, 3 (Ulpianus):

> si a servo tuo operas vicarii eius conduxero et eum merci meae institorem fecero isque tibi mercem vendiderit, emptio est: nam cum dominus a servo emit, est emptio, licet non sit dominus obligatus, usque adeo, ut etiam pro emptore et possidere et usucapere dominus possit;
>
> fr. 12 (Julianus) et ideo utilis institoria actio adversus me tibi competet, mihi vero adversus te vel de peculio dispensatoris, si ex conducto agere velim, vel de peculio vicarii, quod ei mercem vendendam mandaverim: pretiumque, quo emisti, in rem tuam versum videri poterit eo, quod debitor servi tui factus esses.

Wenn ein institor eine Sache ſeines Prinzipals verkauft, ſo erwirbt er den Anſpruch auf das Kaufgeld: ſeinem Prinzipal, wenn er deſſen Sklave iſt; wenn er ein freier Mann iſt, für ſich ſelbſt; wenn er der Sklave eines Dritten iſt, für dieſen ſeinen Herrn. In den beiden letzteren Fällen kann der Prinzipal Ceſſion der a. venditi verlangen. In unſerer Stelle handelt es ſich nun darum daß der Herr D von ſeinem eigenen Sklaven in ſeiner Eigenſchaft als Inſtitor des P eine Sache gekauft hat. Aus dieſen Kontrakt kann in Folge des Gewaltverhältniſſes nur eine Naturalobligation entſtehen, welche, wenn der Sklave, wie in der Stelle vorausgeſetzt iſt, ein Pekulium beſitzt, einen Beſtandtheil deſſelben bildet. Da nun der Kaufgeldsanſpruch eine obl. dandi iſt, ſo liegt kein Hinderniß vor, ihn bei der computatio peculii in die Kondemnationsſumme hineinzurechnen. Es fehlt daher an der normalen Urſache, welche in den Fällen der Geſchäftsführung des Sklaven bewirkt, daß der Naturalanſpruch des Sklaven, ſtatt das Pekulium zu vergrößern, die Verſionsklage hervorbringt. Wenn Julian trotzdem aus der Naturalobligatiou des Herrn in unſerer Stelle eine Verſionsklage hervorgehen läßt, ſo müſſen ſpecielle Gründe dazu im Thatbeſtand vorhanden ſein. Man kann ihrer zwei anführen:

1. Der Prinzipal hat von seinem institor servus dasselbe zu verlangen, was er von einem freien Institor fordern könnte, nämlich Cession der erworbenen Ansprüche. Nun hat aber der Institor in unserem Fall einen Naturalanspruch gegen seinen eigenen Herrn erworben, den er, weil Cession mandatum agendi ist, nicht cediren kann, er ist also dem Prinzipal zu einer unmöglichen Leistung, d. h. zu nichts verpflichtet. Wenn daher der Prinzipal auf die Geltendmachung seiner Mandatsansprüche vermittelst der a. de peculio angewiesen wäre, so würde er strenggenommen, trotzdem das Pekulium ausreicht und sogar durch den Kaufgeldsanspruch vergrößert ist, nichts erhalten. In dieser Nothlage wurde dem Prinzipal geholfen: er erhielt ein Rechtsmittel, welches ihn über die, aus rein formalen Gründen unmögliche, Cession hinwegsetzte; er durfte gegen den Käufer die Summe einklagen, welche er von ihm actione cessa hätte verlangen können, wenn nicht zufällig sein Institor ein Sklave des Käufers, und deshalb die Möglichkeit der Cession ausgeschlossen wäre[1]). Daß Julian diese Klage als a. de in r. v. bezeichnet, rechtfertigt sich aus der inneren Verwandtschaft zwischen unserem Fall und der Struktur der normalen Versionsklage. Hier wie dort macht der Kläger einen Naturalanspruch des Sklaven praeter actionem de peculio geltend, nur sind die Gründe dieser Erscheinung in beiden Fällen nicht die gleichen: Bei der Versionsklage aus Geschäftsführung des Sklaven kann der Naturalanspruch seines Inhaltes wegen bei der computatio peculii nicht in Betracht gezogen werden, in unserem Fall ist er an sich komputationsfähig, aber dafür ist der Anspruch des Klägers gegen den Sklaven

[1]) Daß dies wirklich der Gedankengang der römischen Juristen war, ergibt deutlicher, als in fr. 12 cit., wo wir eine Rechtfertigung der Versionsklage vermissen, aus fr. 5 pr. de exerc. act. 14, 1: si eum, qui in mea potestate sit, magistrum navis habeas, mihi quoque in te competit actio, si quid cum eo contraxero . . . ex locato tamen mecum ages, quod operas servi mei conduxeris, quia et si cum alio contraxisset, ageres mecum, ut actiones quas eo nomine habui tibi praestarem, quemadmodum cum libero, si quidem conduxisses, experieris; quod si gratuitae operae fuerint, mandati ages.

ſo eigenthümlich geartet, daß er mit der a. de peculio zu keinem Reſultat kommen könnte.

2. Der zweite Grund, welcher die Verſionsklage in fr. 12 cit. rechtfertigt, iſt in folgender Erwägung zu ſuchen: wir wiſſen aus fr. 1 und 2 de inst. a. 14, 3[2]), daß dem Prinzipal bei Inſolvenz des Inſtitor durch Legalceſſion der a. venditi geholfen wurde. Offenbar erſchien es unbillig, die übrigen Gläubiger an der Forderung, welche der Inſtitor aus Mitteln des Prinzipals erworben hatte, theilnehmen zu laſſen. Dieſer Rechtsgedanke mußte auch bei inſolventem Pekulium zur Geltung kommen: hätte man den Kaufgeldsanſpruch des Sklaven, ſeinem Inhalt entſprechend, als gewöhnlichen Beſtandtheil des Pekulium behandelt, ſo könnte ein beliebiger Pekuliargläubiger dem Prinzipal zuvorkommen und den Betrag des Kaufgeldes zu ſeiner Befriedigung heranziehen: Der Prinzipal würde leer ausgehen oder wenigſtens auf eine ungewiſſe Zukunft angewieſen ſein. Wollte man ihm dieſelbe Rechtshilfe angedeihen laſſen, wie wenn er einen freien institor angeſtellt hätte, ſo müßte man ihm an der naturalen obl. venditi gewiſſermaßen ein Ausſonderungsrecht gewähren. Da man nun gewohnt war, dieſen Zweck in anderen häufigen Fällen vermittelſt der a. de in r. v. zu erreichen, ſo lag es nahe, dieſe Klage auf den neuen und exceptionellen Thatbeſtand auszudehnen.

II. Die Stellen, welche einer hiſtoriſchen Interpretation bedürfen, ſind folgende:

1. fr. 7 § 2 h. t. (Ulpianus): illud verum non est, quod Mela scribit, si servo meo argentum dederis, ut pocula tibi faceret ex quolibet argento, mox factis poculis servus decesserit, esse tibi adversus me de in rem verso actionem, quoniam possum pocula vindicare.

Der Beſteller verliert das Eigenthum an dem Metall; dieſer Rechtsſatz galt ſowohl zur Zeit des Mela[3]), wie zu der des

[2]) fr. 1 in f . . . Marcellus autem ait debere dari actionem ei qui institorem praeposuit in eos, qui cum eo contraxerint. fr. 2 (Gaius): eo nomine quo institor contraxit, si modo aliter rem suam servare non potest. Vgl. Handelsgeſetzbuch Art. 368.

[3]) fr. 34 pr. de auro l. 34, 2: scribit Quintus Mucius: si aurum

Ulpian; der Besteller hat die a. locati auf Lieferung der hergestellten Becher, diese Klage will Mela de in rem verso gewähren; Ulpian widerspricht: Der Herr soll nach seiner Ansicht offenbar nur de peculio haften. Die Entscheidung Ulpian's ist für uns leicht zu verstehen: denn es fehlt an jeglichem Grunde anzunehmen, daß der Sklave den Werkvertrag im Interesse des Herrn abgeschlossen hätte; daher kein Regreß und gemäß fr. 3 § 2 h. t. regulariter keine Versionsklage. Wie kam nun aber Mela dazu, diese Klage für statthaft zu halten? Ich glaube deshalb, weil er es für selbstverständlich hielt, daß der dem Sklaven übergebene Stoff nicht nur in das Eigenthum, sondern speziell in das Patrimorium des Herrn (im Gegensatz zum Pekulium) komme. Dabei muß man voraussetzen, daß im Sinne Melas der Kreis der Pekuliarobjekte im Vergleich zu dem, was nach späterem Rechte in peculium gelangen konnte, ein sehr beschränkter war[4]). Das würde mit der Beschreibung des Pekulium in fr. 39 de pec. 15, 1:

peculium et ex eo consistit, quod parsimonia sua quis paravit vel officio meruerit a quolibet sibi donari idque velut proprium patrimonium servum suum habere quis voluerit

übereinstimmen, wenn man annehmen darf, daß Florentin diese für seine Zeit[5]) offenbar zu enge Definition einer älteren Quelle entnommen hat: was der Sklave als Arbeitsstoff erhalten hat, ist weder erspart noch geschenkt, fiel daher im älteren Recht unmittelbar dem Herrn zu, der den Handwerkssklaven gewissermaßen in eigener Regie arbeiten ließ. Von einer Geschäftsführung des Sklaven für den Herrn konnte dabei nicht die Rede sein; denn der animus negotia gerendi setzt eine Thätigkeit voraus, deren Vortheil aus eigenem Entschlusse nicht dem eigenen sondern einem fremden Vermögen zugewendet wird. Waren aber, wie ich ver-

---

suum omne pater familias uxori suae legasset, id aurum, quod aurifici faciundum dedisset aut quod ei deberetur, si ab aurifice ei repensum non esset, mulieri non debetur. Pomponius: hoc ex parte verum est ex parte falsum etc.

[4]) Vgl. oben § 10, S. 187, Note 22.

[5]) Zeit von Marcus oder Commodus, Krüger, Geschichte der Quellen, S. 193, Note 16.

muthe, zur Zeit Melas[6]) die Handwerkerſklaven ſo geſtellt, daß ſie auf Rechnung des Herrn arbeiteten (und nur etwaigen Nebenverdienſt zur Anſammlung eines Pekulium verwenden durften), ſo konnte aus dem pflichtgemäßen Erwerb, den der Sklave hier für den Herrn machte, keinerlei Naturalanſpruch hervorgehen[7]). Wenn Mela trotzdem die Verſionsklage gewährt, ſo muß dieſe Klage für ihn und ſeine Zeitgenoſſen ein anderes Fundament gehabt haben, als für Ulpian, von deſſen Regel in fr. 3 § 2 h. t. ich in dieſer Unterſuchung ausgegangen bin. Dies Fundament, das älteren Rechtes iſt, wie aus dem noch zu beſprechenden weiteren Ueberreſten der älteren Rechtsſchicht mit großer Wahrſcheinlichkeit hervorgeht, die ohne Grund erfolgte und deshalb der aequitas widerſtreitende Bereicherung des dominus. In der That mußte es, um bei dem Falle des fr. 7 § 2 cit. ſtehen zu bleiben, unbillig erſcheinen, wenn der Beſteller auf das geringfügige Pekulium des Sklaven angewieſen war und daher leer ausging, während der von ihm gelieferte Stoff am Pekulium vorbei in das Patrimonium gelangte, ohne daß als Gegenwerth ein Naturalanſpruch des Pekulium entſtanden wäre. Und einen ſolchen konnte es, wie ſchon geſagt, in dieſen Falle nicht geben, weil der Erwerb dem Herrn nicht durch eine regreßerzeugende Geſchäftsführung des Sklaven zugefallen war, ſondern in Folge der Thatſache, daß der Sklave einen Erwerb dieſer Art für ſein Pekulium überhaupt nicht machen durfte. — Zu Ulpian's Zeiten hatten ſich, wie ich annehme, die ökonomiſche und rechtliche Lage der Handwerkerſklaven geändert. Es mag Regel geweſen ſein, daß der Sklave für ſein Pekulium arbeitete (etwa gegen beſtimmte Geldleiſtungen an den Herrn)[8]), demgemäß mußten auch die bei Gelegenheit der Arbeit

[6]) Aelterer Zeitgenoſſe von Labeo, Krüger a. a. O., S. 146, Note 49.

[7]) Wenn ich mich oben § 11, S. 191 der von Mandry ausgeſprochenen Anſicht, daß der Erwerb des Sklaven normaler Weiſe in das Pekulium falle, angeſchloſſen habe, ſo ſollte dies nur für die definitive Geſtaltung des klaſſiſchen Rechtes gelten, in welcher uns das Pekulium meiſt als quasipatrimonium servi (Mandry II, S. 6 fg.) entgegentritt.

[8]) fr. 19 § 1 de instr. leg. 33, 7: . . servum vero arte fabrica peritum, qui annuam mercedem praestabat, instrumento villae non contineri. fr. 14 pr. de statul. 40, 7: . . heredi mercedem referre pro operis suis

erworbenen Werthe einen Beſtandtheil des Pekulium bilden[9]) und es gab in dem Falle des fr. 7 § 2 cit. weder ein Bedürfniß, noch — nach der von Ulpian vertretenen Theorie — die juriſtiſche Möglichkeit einer a. de in rem verso.

2. Die Annahme, daß das Pekulium in älterer Zeit die beſcheidene Bedeutung eines Sparvermögens hatte und deswegen, wenigſtens in der Regel, den gewöhnlichen Erwerb des Sklaven nicht erfaßte, wird m. E. beſtätigt durch das in den Schriften über die Verſionsklage gänzlich vernachläſſigte fr. 60 § 7 loc. 19, 2:

> Labeo posteriorum libro quinto a Javoleno epitomatarum: servum meum mulionem conduxisti. neglegentia eius mulus tuus perit. si ipse se locasset, ex peculio dumtaxat et in rem versum damnum tibi praestaturum dico etc.

Auch hier wäre vom Standpunkt Ulpian's die Möglichkeit der Verſionsklage nicht anzuerkennen. Denn ſelbſt wenn man

---

solebat. Natürlich kam es auch in ſpäterer Zeit vor, daß der Ertrag der operae servi, trotz Vorhandenſeins eines Pekulium dem Patrimonium zufiel, fr. 13 § 13 de a. e. v. 19, 1 (Ulp.): item si quid ex operis servorum . . . quaesitum est, emptori praestabitur, et si quid peculio eorum accessit. Vgl. auch fr. 18 § 4 fr. 20 § 1 de instr. leg. 33, 7.

[9]) Dieſelbe Entwicklung läßt ſich für die im Handel verwendeten Sklaven annehmen, arg. fr. 39 § 2 de statul. 40, 7: si heres servo pecuniam ad negotiandum dedisset, statuliberum eam ipsam numerando liberari ex testamento non posse Labeo Trebatius responderunt, quia reddere eam magis quam dare videretur. ego (Javolenus) puto si peculiares nummi fuerunt, ex testamento eum liberum futurum. Daß der statuliber ſich durch Hingabe von Pekuliargeld befreien kann, iſt ein von Alters her feſtſtehender, auch von Labeo anerkannter Satz (fr. 3 § 1, 2 de statul. 40, 7), aber Labeo ſcheint ohne Weiteres anzunehmen, daß ein vom Herrn dem Sklaven zum Handelsbetrieb übergebenes Kapital nicht zum Pekulium (oder zur merx peculiaris) gehört reſp. daß durch das Anvertrauen des Geldes unter dieſen Umſtänden kein Sondergut konſtituirt wird, daß vielmehr der Sklave den Handel auf Rechnung des Herrn treibt, domino quaestum referet (fr. 4 § 2, 3 de edendo 2, 13). Javolen dagegen berückſichtigt die Möglichkeit, daß das vom Herrn hergegebene Kapital Beſtandtheil des Pekuliums, der Herr alſo Gläubiger des Sklaven wird. Dann iſt die Zahlung der vom Herrn ſtammenden nummi kein reddere, ſondern ein dare.

ſich denkt, daß der Sklave ſich als Geſchäftsführer ſeines Herrn verdungen hat, z. B. um mit dem Lohn eine Zahlung für den Herrn zu leiſten[10]), ſo würde doch der Sklave wegen der Schadensersatzpflicht, welche er ſich durch eigenes Verſchulden zugezogen hat, nie einen Regreß ad exemplum actionis mandati vel neg. gest. haben können. Die Entſcheidung erklärt ſich, wenn man vorausſetzt, daß noch zur Zeit Javolens[11]) der Arbeitslohn des Sklaven gewöhnlich in das Patrimonium kam, weil das Pekulium nicht dazu beſtimmt war, den Ertrag der operae servi anzuſammeln. War dem ſo, dann konnte es allerdings höchſt unbillig erſcheinen, daß der Herr den (vorausbezahlten) Lohn lukrirte, während der Miether mit ſeinem aus dem nämlichen Rechtsverhältniſſe hervorgehenden Erſatzanſpruch auf das geringfügige Pekulium des Sklaven angewieſen blieb[12]). Hier konnte die prätoriſche Hilfe der Verſionsklage einſetzen. Denkt man ſich dagegen, daß der Sklave den Arbeitslohn für ſein Pekulium vereinnahmt (und dem Herrn von ſeinem Geſchäft eine beſtimmte Abgabe oder eine Tantieme entrichtet), ſo fehlt es an jedem Grunde, gerade dem einen Gläubiger des Sklaven die vor den übrigen bevorzugte Stellung eines Verſionsklägers einzuräumen.

3. In ähnlicher Weiſe iſt m. E. der von Pomponius korrigirte Ausſpruch des Labeo in fr. 3 § 5 h. t. zu erklären:

> idem Labeo ait, si servus mutuatus nummos a me alii eos crediderit, de in rem verso dominum teneri, quod nomen ei adquisitum est. quam sententiam Pomponius ita

---

[10]) Schol. 8 ad Basil. 20. 1, 60 (Heimbach II, S. 368): si forte aliquid ex huiusmodi locatione lucratus in rem meam verterit.

[11]) Vor und nach dem Jahre 100, Krüger, Geſchichte der Quellen, S. 162. In fr. 24 de adq. poss. 41, 2 findet ſich ein ſehr allgemein lautender Ausſpruch Javolens: quod ex iusta causa corporaliter a servo tenetur, id in peculio servi est. Allein, wie der Zuſammenhang der Stelle lehrt, liegt der Nachdruck auf den Worten: ex iusta causa. Unrechtmäßig angeeignete Sachen ſollen nicht zum Pekulium gehören. Ob aber aller rechtmäßiger Erwerb dem Pekulium zufällt, iſt in der Stelle nicht entſchieden.

[12]) Die Noxalklage ex lege Aquilia wurde bei bloßer neglegentia in der Erfüllung von Vertragspflichten von den älteren Juriſten nicht gewährt, vgl. fr. 27 § 34 ad l. Aq. 9, 2, Pernice, Labeo II, S. 252.

probat., si non peculiare nomen fecit, sed quasi dominicae rationis.

Labeo rechnet offenbar Forderungen, welche der Sklave begründet, nicht zum Pekulium[13]), während Pomponius die Möglichkeit, daß dieſe Forderungen dem Pekulium angehören, anerkennt und nach dem Eintrag in die Bücher (d. h. nach dem durch den Eintrag manifeſtirten animus negotia domini aut peculiaria gerendi[14]) unterſcheiden will. Labeo ſtand eben noch, wie Pernice[15]) mit Recht behauptet, auf dem Boden der älteren Anſchauung, für welche das Pekulium ein Komplex körperlicher Sachen war. In der That ſtammen die Stellen, welche die Zurechnung der vom Sklaven erworbenen Forderungen zum Pekulium ausſprechen, ſämmtlich von Juriſten einer erheblich ſpäteren Periode[16]). Dem widerſpricht nicht der ſchon in älterer Zeit an-

---

[13]) Vgl. Pernice, Labeo, Bd. I, S. 137.

[14]) Vgl. oben § 11, Note 4.

[15]) Labeo, Bd. I, S. 382.

[16]) Celsus fr. 29 de pact. 2, 14; Neratius fr. 9 § 1, fr. 56 de pec. 15, 1; Julianus fr. 28 § 2 de pact. 2, 14; Pomponius fr. 24 de iur. dot. 23, 3, fr. 19 in. f. de solut. 46, 3; Gaius fr. 21 de iureiur. 12, 2; Scaevola fr. 35 pr. de donat. 39, 5; Paulus fr. 20 D. 12, 2; Ulpianus fr. 5 § 12 de trib. a. 14, 5, fr. 7 § 4, 5 de pec. 15, 1 (Labeo wird in letzterer Stelle m. E. nur für hereditas und legatum citirt), fr. 52 § 26 de furt. 47, 2. Allerdings werden in fr. 3 § 2 de statul. 40, 7 ſchon von Servius Forderungen als Beſtandtheil des Pekulium anerkannt. Aber die Stelle bezieht ſich auf einen statuliber, welcher zur Erfüllung der Bedingung des an einen Schuldner ausgeliehenen Geldes bedarf. Weigert ſich der Erbe, die Forderung einzuziehen, ſo liegt darin ein moram libertatis pati per heredem und der Statuliber wird frei. Dieſe Entſcheidung beruht auf dem von Alters her dem Statuliber gewährten Schutz gegen den böſen Willen des Erben. Daraus iſt aber m. E. nicht zu ſchließen, daß Servius auch in anderer Beziehung die vom Sklaven begründeten Forderungen zum Pekulium rechnete; daß der Statuliber etwa, wenn er die Freiheit erlangte, mit dem ihm legirten Pekulium auch die Forderungen beanſpruchen konnte, iſt in der Stelle nicht geſagt und, als Meinung des Servius, unwahrſcheinlich Angeſichts des fr. 40 § 3 de cond. 35, 1 (vgl. unten Note 31). Das Sonderrecht der Statulibertät wird auch von Mandry I, S. 161 zur Erklärung (freilich nur des zweiten Theils) der Stelle herbeigezogen.

erkannte Grundsatz, daß eine durch Rechtsgeschäft des Sklaven begründete Forderung vom Schuldner an den Sklaven mit befreiender Wirkung zurückbezahlt werden darf, solange der Schuldner keinen Grund hat, anzunehmen, daß er damit gegen den Willen des Herrn handelt[17]). Denn dieser Satz bezieht sich, wie Mandry II, S. 94 richtig hervorhebt, nicht blos auf Pekuliarforderungen, sondern auch auf solche Forderungen, die der Sklave für das Patrimonium erworben hat.

Dagegen bestreitet Mandry II, S. 32 das spätere Aufkommen der dem Pekulium angehörenden Forderungen (nomina peculiaria) aus anderen Gründen: Quellenzeugnisse aus früherer Zeit fehlen allerdings, wie Mandry a. a. O. zugibt, allein, da schon Servius die Deduktion kenne[18]), so soll es unwahrscheinlich sein, daß nicht auch die peculiaria nomina zu seiner Zeit anerkannt gewesen seien.

Ich glaube, die Deduktion läßt sich nicht mit der Zurechnung der peculiaria nomina, sondern besten Falls mit der Komputation der Naturalschulden des Herrn an den Sklaven vergleichen; ich halte aber Analogieschlüsse aus dem Deduktionsrecht auf sonstige Sätze des Pekuliarrechtes überhaupt für sehr wenig beweisend, weil uns die Deduktion von Anfang an als ein auf bewußter Begünstigung des Herrn beruhendes Privileg entgegentritt[19]).

So glaube ich denn nicht ohne Grund annehmen zu dürfen, daß eine vom Sklaven erworbene Forderung zu Labeo's Zeiten noch keinen Bestandtheil des Pekulium ausmachte[20]).

---

[17]) fr. 27 pr. de pact. 2, 14 (Labeo); fr. 11 depos. 16, 3 (Sabinus); fr. 35 de solut. 46, 3 (Alfenus).

[18]) fr. 9 § 3, fr. 17 de pec. 15, 1.

[19]) Pernice, Labeo, Bd. I, S. 131.

[20]) Vielleicht ist eine Erinnerung an den älteren Rechtszustand darin zu finden, daß bei Einkassirung eines nomen peculiare die Ademptionsmöglichkeit besonders hervorgehoben wird, während doch, wenn einmal die Forderungen als Bestandtheil des Pekulium anerkannt werden, für sie in Bezug auf Ademption kein anderes Recht gelten kann, als für die corpora peculiaria (vgl. oben § 2 S. 14): fr. 7 § 6 de pec. 15, 1: quare si forte ex servi emptione evictionis nomine duplum dominus exegit, in peculium servi erit conversum, nisi forte dominus eo proposito fuit, ut

4. Eine weitere Entſcheidung Labeo's, aus welcher deutlich hervorgeht, daß er in der Verſionslehre einen vom ſpäteren Recht verlaſſenen Standpunkt einnahm, findet ſich in fr. 7 § 4 h. t.:

> idem (sc. Labeo) ait, (1.) et si hereditatem a servo tuo emero quae ad te pertinebat et creditoribus pecuniam solvero, deinde hanc hereditatem abstuleris mihi, ex empto actione me id ipsum consecuturum: videri enim in rem tuam versum. (2.) nam et si hereditatem a servo emero, ut quod mihi ab ipso servo debebatur compensarem, licet nihil solvi, tamen consequi me ex empto quod ad dominum pervenit. ego autem non puto de in rem verso esse actionem emptori, nisi hoc animo gesserit servus, ut in rem domini verteret. (Ulpianus.)

Den erſten Fall der Stelle habe ich bereits oben § 8 S. 154 beſprochen: Der Sklave verkauft als Geſchäftsführer des Herrn eine dieſem zugefallene Erbſchaft; der Herr verſagt die Genehmigung und evincirt die corpora hereditaria; der Sklave hat, ſoweit er den Nutzen des Herrn thatſächlich gefördert hat (Bewirkung der Tilgung der Erbſchaftsſchulden), einen naturalen Liberationsregreß wegen der ſein Pekulium belaſtenden a. empti, darauf gründet der Gläubiger ſeine Verſionsklauſel. Auf dieſen erſten Fall beziehe ich, wie ich oben a. a. O. ausgeführt habe, die einſchränkende Schlußbemerkung Ulpian's nicht.

Dagegen iſt der zweite Fall[21]) von Labeo anders entſchieden worden als von Ulpian. Leider wird der Thatbeſtand nur unvollſtändig mitgetheilt, namentlich iſt nicht geſagt, ob der Sklave auch im zweiten Falle eine dem Patrimonium angehörende oder eine ihm ſelbſt, d. h. dem Pekulium zugefallene Erbſchaft ver-

---

nollet hoc esse in peculium servi. fr. 31 § 3 de adim. leg. 34, 4: filiae quam in potestate habebat, inter cetera legavit peculium: idem post factum testamentum pecuniam a debitore filiae exegit et in suam rationem convertit. quaero, an filia eo nomine cum heredibus patris agere possit. respondit, si probaret non adimendi animo factum, agere posse.

[21]) Der zweite Fall wird nicht beſprochen von Ruhſtrat, Jahrb. f. Dogm., Bd. 15, S. 299 fg. und Löwenfeld, S. 36.

äußert hat. Nehmen wir zunächſt Letzteres an[22]), was näher zu liegen ſcheint, weil der Sklave die Erbſchaft zur Tilgung einer eigenen Schuld verkauft, ſo ergibt ſich, daß die a. empti nicht Eviktionsklage ſein kann (es ſei denn, daß dem Sklaven die libera administratio fehlte, was aber in der Stelle nicht angedeutet iſt). Wenn aber die a. empti hier Erfüllungsklage ſein ſoll, ſo läßt ſich, ſelbſt vom älteren Standpunkt Labeo's aus, kein Grund für die Verſionsklage entdecken: denn der Kläger findet ja die von ihm gekaufte Erbſchaft im Pekulium vor, darin aber, daß der Sklave durch den Verkauf von Pekuliarobjekten ſein Pekulium von einer Haftung befreit, für die der Herr doch nur peculio tenus einzuſtehen hatte, konnte doch Labeo unmöglich ein lucrum domini erblicken, gegen welches der Prätor Schutz zu gewähren hätte. Für Ulpian ergäbe ſich aber die Konſequenz, welche von Mandry[23]) auch wirklich gezogen wird, daß wenn der Sklave eine materiell eigene Pekuliarſchuld mit eigenen Mitteln tilgt, es von ſeinem animus abhängt, dabei die Verbindlichkeit des Herrn in's Auge zu faſſen und dadurch den Herrn ex versione zu verpflichten. Daß eine ſolche Möglichkeit, ein re ipsa eigenes Geſchäft durch bloßen Willensentſchluß zu einem fremden zu machen, nicht beſtand und nicht beſtehen kann, glaube ich oben § 10 S. 176 bewieſen zu haben.

Ein beſſeres Reſultat der Interpretation kann man m. E. nur dann erhalten, wenn man, im Anſchluß an die Baſiliken[24]), den Thatbeſtand der beiden labeoniſchen Fälle als im Weſentlichen gleichartig auffaßt: der Sklave verkauft eine Erbſchaft des Herrn, natürlich negotium eius gerens (vgl. § 8 S. 155), der Herr genehmigt nicht, ſondern evincirt, der Käufer erhebt deshalb die a.

---

[22]) Mit Mandry, Bd. II, S. 497, Note 8.

[23]) A. a. O. S. 497.

[24]) XVIII, 7, 7 (Supplem. p. 246): si hereditatem ad te pertinentem a servo tuo emero et aut cum pretio computavero, quod ille mihi debebat, aut creditoribus solvero, si eam hereditatem a me abstuleris, adversus te de in rem verso actionem habebo: si nimirum servus hoc animo fuit, ut ea in rem domini verteret: alias enim de in rem verso actio non competit.

empti auf Schadensersatz. Kaufpreis ist in beiden Fällen nicht gezahlt worden, an Stelle dessen hat der Käufer im ersten Falle die Zahlung der Erbschaftsschulden übernommen, im zweiten Falle dem Sklaven eine Schuld erlassen[25]). Im ersten Falle ist, soweit die Erbschaftsschulden bezahlt sind, der Nutzen des Herrn zweifellos gefördert: daher erhält der Käufer id ipsum mit der Versionsklage (den Rest seiner Forderung kann er nur de peculio geltend machen). Im zweiten Fall dagegen ist prima facie der Sklave von einer Schuld entlastet, d. h. ein eigenes Interesse des Sklaven gewahrt. Aber es ist möglich, daß aus diesem durch Kompensation mit dem Kaufpreis getilgten Schuldverhältnisse des Sklaven der Gegenwerth oder ein Theil desselben „ad dominum pervenit“[26]), daß also der Herr für diese Schuld ganz oder zum Theil de in rem verso haftete. Ist das der Fall, so liegt in der Tilgung, welche der Sklave formell zu eigenem Vortheil erwirkte, zugleich eine Befreiung des Herrn von einer ihn materiell angehenden Schuld, d. h. ein negotium domini. Darum wird dem Käufer — schon von Labeo — die Eviktionsklage über das Pekulium hinaus de in rem verso auf den Theil der Pekuliarschuld gegeben, welcher von Anfang an eine eigene Schuld des Herrn gewesen war[27]).

---

[25]) In der Beschaffenheit des Kaufpreises (Uebernahme resp. Erlaß von Schulden) lag, wie mir scheint, für Labeo das tertium comparationis zwischen beiden in unserer Stelle besprochenen Fällen. Labeo vertrat in der Kontroverse über pretium certum die strengere Meinung, vgl. Gaius III, 140, darum mußten beide Fälle für ihn an der Grenze des beim Kaufe Zulässigen liegen.

[26]) Diese Worte müssen bei der Mandry'schen Interpretation bedeuten: soweit die Tilgung der Pekuliarschuld dem Herrn zu Gute kam. Da nun aber nach Mandry's Ansicht die Schlußbemerkung Ulpian's den Zweck hat, festzustellen, daß die Tilgung einer Pekuliarschuld nur dann ein negotium domini sei, wenn der Sklave mit Rücksicht auf die Pekuliarhaftung seines Herrn gehandelt hat, so müßte man aus dieser Korrektur Ulpians schließen, daß Labeo jede Tilgung einer Pekuliarschuld als Geschäft des Herrn angesehen habe. Dies scheint auch Pernice, Labeo, Bd. I, S. 137 anzunehmen. Mir scheint ein solcher Rechtszustand Allem, was wir vom Zweck und Bedeutung des Pekulium wissen, zu widersprechen.

[27]) Soweit ist die Stelle richtig verstanden von Kritz, Pandekten-

Der Gegensatz zwischen Labeo und Ulpian betrifft also m. E. nicht den Erbschaftsverkauf — dieser ist re ipsa, wenn man eine dem Herrn gehörende Erbschaft voraussetzt, negotium domini — sondern die Natur der im zweiten Fall getilgten Schuld; Labeo nimmt schon dann eine in rem versio an, wenn aus einem vom Sklaven geschlossenen Vertrage aliquid ad dominum pervenit, z. B. durch spätere Uebertragung oder Verwendung. Ulpian korrigirt: aus einer Verwendung des Sklaven, wenn auch die verwendeten Sachen durch ein Kreditgeschäft erworben sind, entsteht keine Versionshaftung, nisi hoc animo gesserit (sc. contraxerit cum creditore) servus, ut in rem domini verteret: hätte der Sklave eine Sache ab initio für sich erworben und sie dann in Folge eines späteren Entschlusses für seinen Herrn verwendet, so würde kein versum entstehen — sondern ein Pekuliarguthaben auf den Werth der Sache zur Zeit ihrer Verwendung; die Anschaffungsschuld aber, welche der Sklave in eigenem Interesse übernommen hat, könnte nicht nachträglich zu einer Intercession für den Herrn werden, sie würde bleiben, was sie von Anfang an war: ein negotium peculiare: wird sie vom Sklaven getilgt, so besorgt er damit nur sein eigenes Geschäft.

So hätten wir aus dieser Stelle zwei Resultate zu entnehmen:

a) Ulpian verlangt (auch für die sog. indirekte Version) anfänglichen animus negotia gerendi, was, wie wir oben § 11 S. 193 gesehen haben, sich als nothwendige Konsequenz ergibt, wenn man die Version auf den Naturalregreß aus Geschäftsführung aufbaut (fr. 3 § 2 h. t.) und dem Versionsgläubiger uberiorem actionem als den übrigen Pekuliargläubigern gewährt (fr. 1 § 2 h. t.).

b) Labeo begnügt sich für die a. de in rem verso damit, daß ein vom Gläubiger stammender Werth nachträglich in das Patrimonium des Herrn gekommen ist. Die Fälle, in denen

recht, Bd. I, S. 460, der aber dann die Schlußworte: nisi hoc animo gesserit servus etc., wie üblich, auf den Verkauf der Erbschaft bezieht und deshalb, wie er selbst zugibt, den Sinn der Bemerkung Ulpian's nicht zu enträthseln vermag.

das spätere Recht Pekuliarguthaben entstehen läßt, sind für ihn Versionsfälle.

Fassen wir die vier besprochenen Stellen zusammen, so läßt sich aus ihnen m. E. ein historischer Gegensatz in der Versionslehre konstatiren, den auch Mandry[28]), freilich in anderer Richtung als ich, für möglich hält. Im Allgemeinen läßt sich sagen, daß das Anwendungsgebiet der Versionsklage in älterer Zeit ausgedehnter war und daß es von den spätklassischen Juristen absichtlich eingeschränkt wurde. Das zeigt sich nach zwei Richtungen:

a) gewisse Arten des Sklavenerwerbes scheinen früher nicht dem Pekulium, sondern dem Patrimonium zugefallen zu sein; dafür wurde dem Gläubiger eine Versionsklage verliehen (vgl. Nr. 1 und 2). Das gilt namentlich vom Erwerb von Forderungen (vgl. Nr. 3).

b) Labeo läßt die Versionsklage aus einem pervenire ad dominum hervorgehen; Ulpian betont das weitere Erforderniß des Geschäftsführungswillens beim Anschaffungsgeschäft.

5. Vielleicht gelingt es uns, auf Grund dieser historischen Entwicklung im Versionsrechte eine Erklärung für fr. 19 h. t. zu gewinnen, welche Stelle wir uns ihrer bisher unüberwundenen Schwierigkeit halber[29]) bis jetzt aufgespart haben. Sie lautet:

> Paulus l. IV quaestionum: filius familias togam emit. mortuo deinde eo pater ignorans et putans suam esse dedicavit eam in funus eius. Neratius libro responsorum ait in rem patris versum videri: in actione autem de peculio quod in rerum natura non esset uno modo aestimari debere, si dolo malo eius quocum agatur factum esset. atquin si

[28]) Band II, S. 478, Note 6, S. 523, Note 1: Uebertragung von Rechtssätzen der (auf Naturalforderungen des Sklaven basirten) versio ex peculio auf das Gebiet der direkten Version. Vgl. aber unt. N. 48. Gegen Mandry's Behauptung, daß bei der direkten Version ein Naturalanspruch des Sklaven nicht entstehe, habe ich mich oben § 2 S. 4 ausgesprochen.

[29]) Die Erklärungen von Löwenfeld, S. 14, Ruhstrat, Jahrb. für Dogm., Bd. 15, S. 283 und Mandry, Bd. II, S. 526 scheinen mir den Sinn des Fragmentes nicht zu treffen, oder jedenfalls nicht zu erschöpfen.

filio pater togam emere debuit, in rem patris res versa est non nunc quo funerabitur, sed quo tempore emit (funus enim filii aes alienum patris est. et hoc Neratius quoque, qui de in rem verso patrem teneri putavit, ostendit: negotium hoc, id est sepulturam et funus filii, patris esse aes alienum non filii). factus est ergo debitor peculii, quamvis res non extet, ut etiam de peculio possit conveniri, in quam actionem venit et quod in rem versum est. quae tamen adiectio tunc necessaria est, cum annus post mortem filii excessit.

Verſuchen wir zunächſt die Meinung des Neratius feſtzuſtellen: er will den Werth der Toga nicht zum Pekulium rechnen: der Werth nicht mehr exiſtirender Pekuliarſachen kann nach ſeiner Anſicht nur vermöge der Dolusklauſel Pekuliarbeſtandtheil bleiben. Hier aber hat der Vater die Sache in gutem Glauben vernichtet. Daß er ſie auf ein eigenes negotium verwendet hat, gibt Neraz zu, aber das ſoll nicht genügen, um die aestimatio peculii zu erweitern. Nun begründet gutgläubige Verwendung einer fremden Sache zu eigenem Vortheil unter gewaltfreien Perſonen eine condictio sine causa, ſpeziell in unſerem Falle eine a. funeraria utilis[80]). Man ſollte daher nach dem in fr. 7 § 6 de pec. 15, 1

[80]) fr. ult. § 2 de rel. 11, 7 (Scaevola): ei cui vestimenta legantur, si in funus erogata sint, utilem actionem in heredem dandam placuit et privilegium funerarium. Zu dieſer a. utilis möchte ich Folgendes bemerken: das Edikt de sumptibus funerum (vermuthlich älter als das de negotiis gestis, Wlaſſak, Zur Geſch. der neg. g., S. 187, Note 8) lautet nach Lenel, Ed. perp. p. 182: quod funeris causa sumptus factus erit, eius reciperandi nomine in eum ad quem e res pertinet, indicium dabo. Dagegen ſagt der Prätor (Lenel S. 83): si quis negotia alterius . . . gesserit, iudicium eo nomine dabo. Aus der unperſönlichen Faſſung des ed. de sumptibus ergab ſich die Möglichkeit, eine Klage auch dann zu gewähren, wenn die Aufwendung nicht vom Kläger, ſondern vom Beklagten, ad quem ea res pertinebat, aus dem Vermögen des Klägers z. B. durch Verbrauch einer Sache deſſelben gemacht war. Eine entſprechende a. utilis negot. gest. kommt nicht vor; man behalf ſich bei wiſſentlicher Verwendung einer fremden Sache zu eigenem Nutzen mit der a. ad exhibendum, bei bona fide Verwendung mit einer cond. sine causa, obwohl darin eine Unbilligkeit gegen den Eigenthümer der verbrauchten Sache liegt. — Ueber

aufgestellten Prinzip erwarten, daß aus der dedicatio togae ein Naturalguthaben des Pekulium entsteht. Statt dessen wird von Neratius eine Erweiterung des Pekuliums in Abrede gestellt, dagegen ohne die von Paulus hinzugefügten besonderen Umstände an Stelle des Pekuliarguthabens eine Versionshaftung des Vaters statuirt. Wenn man diese Entscheidung des Neratius mit dem Schlusse zusammenstellt, den wir oben S. 272 aus dem labeonischen Ausspruch in fr. 7 § 4 h. t. gezogen haben, so liegt es nahe anzunehmen, daß beide Juristen, Labeo sowohl wie Neraz, Naturalschulden des Herrn als Bestandtheil des Pekulium überhaupt nicht kannten und die a. de in rem verso dazu benützten, die aus diesem Rechtszustande für den Gläubiger, von dem die Werthe stammten, entstehende Unbilligkeit auszugleichen. Diese Hypothese zwingt uns, die Interpretation des fr. 19 h. t. zu unterbrechen und zunächst, soweit es der Stand der Quellen erlaubt, die Frage zu untersuchen:

Seit welcher Zeit gehören Naturalschulden des Herrn zum Pekulium?

Die Stellen, welche Zurechnung der naturalia debita domini zum Pekulium bei der a. de pec. vorschreiben, gehören, soweit ich sehe, sämmtlich der späteren Jurisprudenz an. Die ältesten Juristen[31]), welche sich für die Zurechnung aussprechen, scheinen zu sein: Pomponius: fr. 4 § 1; fr. 49 § 2 de pec. 15, 1; fr. 9 § 1 eod.[32]) und Afrikan[33]): fr. 38 § 2 de cond. indeb.

die a. utilis funer. vgl. neuestens Ferrini im Arch. f. civil. Prax., Bd. 78, S. 321 fg. der übrigens mit Unrecht diese Klage mit der in fr. 7 pr. de rel. 11, 7 erwähnten a. in factum identificirt. Letztere actio beruht vielmehr auf dem Edikt si quis mortuum etc. (Lenel § 91).

[31]) Daß in fr. 3 § 2 de statul. 40, 7 Ansprüche des Sklaven gegen den Herrn schon von Servius und Labeo in Betracht gezogen werden, scheint mir auf dem Sonderrecht der Statulibertät zu beruhen, vgl. oben Note 16.

[32]) plane si conservus dedit damnum vel subripuit, in peculium videtur haberi, et ita Pomponius libro undecimo scribit: nam et si quid dominus ab eo qui rem peculiarem subripuit vel consecutus est vel consequi potest, in peculium ei esse imputandum Neratius libro secundo responsorum scribit. Neraz wird hier als Autorität nur für die Zurechnung der peculiaria nomina citirt, vgl. oben Note 16.

[33]) Vgl. auch fr. 17 § 1 h. t., oben § 6, Note 1.

12, 6 [34]): Die übrigen in Betracht kommenden Stellen ſind von Ulpian: fr. 7 § 6; fr. 17 in f. de pec. 15, 1 [35]). Nun iſt Neraz zwar nicht viel älter als Afrikan und Pomponius, allein, daß er gerade in Bezug auf die Frage der Naturalſchulden des Vaters an den Sohn eine von der ſpätereren Jurisprudenz reprobirte Meinung vertrat, läßt ſich nicht nur aus unſerem fr. 19 h. t. ſchließen, ſondern auch noch aus fr. 20 § 7 fam. herc. 10, 2, wo Neraz in ähnlicher Weiſe von Ulpian berichtigt wird [36]). Beide Entſcheidungen des Neraz beruhen m. E. auf der Anſchauung des älteren Rechtes, welches Forderungen des Sklaven gegen ſeinen Herrn auch nicht als Naturalobligationen anerkannte [37]).

---

[34]) Vermuthlich auch ſchon Julian, fr. 12 de inst. a. 14, 3 (abgedruckt oben S. 260), obwohl die Zugehörigkeit der Forderung des Sklaven zum Pekulium nicht ausgeſprochen iſt.

[35]) id vero, quod ipsis (sc. vicariis) debet ordinarius servus, non deducetur de peculio ordinarii servi, quia peculium eorum in peculio ipsius est (et ita Servius respondit), sed peculium eorum augebitur, ut opinor, quemadmodum si dominus servo suo debeat. Der Zuſatz iſt von Ulpian, wie mir ſcheint, in bewußtem Gegenſatz zu Servius gemacht.

[36]) Neratius autem respondit: eum qui plures filios haberet, unum ex filius ἀγωνοθεσίαν suscepturum professum esse et, priusquam honore fungeretur, mortuum esse omnibus filiis heredibus institutis, et quaesitum esse, an is filius quod in eam rem impendisset, familiae erciscundae consequatur: eique respondisse nulla actione idem consequi posse. quod merito displicet. debet itaque hoc in familiae eriscundae iudicium venire.

[37]) Auch bei der Deduktion vertritt Neraz den Standpunkt der älteren Jurisprudenz, welche ſich ohne Zuhilfenahme einer Obligation des Sklaven behilft, fr. 17 de statul. 40, 7: si decem heredi dedisset, iussus est liber esse . . decem habet et tantundem domino debet; dando haec decem non liberabitur. nam quod statulibero ex peculio suo dare explendae condicionis causa concessum est, ita interpretari debemus, ut non etiam ex eo dare possit, quod extra peculium est. nec me praeterit hos nummos peculiares posse dici, quamvis, si nihil praeterea servus habeat, peculium nullum sit. Vgl. damit Pomponius in fr. 4 § 5 de pec. 15, 1: si aere alieno dominico exhauriatur peculium servi res tamen in causa peculiaria manent. Seine gewiß richtige Entſcheidung hätte Neraz einfacher damit begründen können, daß die Summe, welche der Sklave dem Herrn zahlt, nicht condicionis implendae, ſondern

Damit ſtimmt überein, was wir von der Behandlung der Naturalforderungen beim peculium legatum wiſſen. Eine Stelle Ulpians gewährt uns hier Einblick in die hiſtoriſche Entwicklung:

fr. 6 § 4 de pec. leg. 33, 8: sicut autem aes alienum, hoc est quod debetur domino minuit legatum peculium, ita per contrarium id quod dominus debet servo augere debet. sed huic sententiae adversatur rescriptum imperatoris nostri et patris eius, quod ita est: „cum peculium servo legatur, non etiam id conceditur, ut petitionem habeat pecuniae, qnam se in rationem domini impendisse dicit". quid tamen, si haec voluntas fuit testatoris? cur non possit consequi? certe compensari debet hoc quod impendit cum eo quod domino debetur. an et quod dominus scripsisset se servo debere, peculio legato cederet? Pegasus negat, idem Nerva. et cum Gnaeus Domitius filiae suae peculium quod eius esset legasset, et annuum, quod ei solitus erat dare, biennio non dedisset, sed in rationibus suis rettulisset filiae se debere quinquaginta, Atilicinus existimavit legato non cedere; quod verum est, quia consonat rescripto.

cf. § 20 I. de leg. 2, 20: idem (sc. divi Severus et Antonius) rescripserunt peculio legato non videri id relictum, ut petitionem habeat pecuniae, quam in rationes dominicas impendit.

Die drei alten Juriſten, Pegaſus, Nerva und Atilicinus wollen ſelbſt die vom Herrn anerkannten Forderungen aus dem Vermächtniß ausſchließen und zwar deshalb, weil ſie, wie Pernice (Labeo I, S. 384) mit Recht annimmt, „ſich noch nicht getrauen, die perſönlichen Forderungen zum Pekulium als ſolchem zu rechnen"; die debita domini gehörten für ſie dem Gebiete der fides an, auf welches ſich die Vorſchriften der Rechtsordnung noch nicht erſtreckten[38]). Als weiteres Zeugniß für dieſen

solvendi causa gegeben wird. Wenn er es vorzieht, die Zugehörigkeit der Summe zum Pekulium in Abrede zu ſtellen, ſo zeigt ſich daran, daß ihm die Begriffe von Schuld und Zahlung im Verhältniß von Sklaven und Herrn nicht geläufig ſind.

[38]) A. M. Mandry II, S. 190. Er meint, die Entſcheidung der

älteren Rechtszuſtand kann man fr. 40 § 3 de cond. 35, 1 anführen:

> Javolenus l. II ex posterioribus Labeonis: dominus servo aureos quinque (rationis) eius legaverat: „heres meus Sticho servo meo, quem testamento liberum esse iussi, aureos quinque, quos in tabulis debeo, dato". nihil servo legatum esse Namusa Servium respondisse scribit, quia dominus servo nihil debere potuisset. ego puto secundum mentem testatoris naturale magis quam civile debitum spectandum esse, et eo iure utimur.

Servius und Labeo erklären das Legat für ungültig, Javolen will es aufrecht erhalten: man müſſe annehmen, der Erblaſſer habe „quos in tabulis debeo" im naturalen Sinne gemeint. Gewiß dachte auch Labeo nicht daran, der Erblaſſer habe eine obligatio civilis im Sinne gehabt; wenn er die Verfügung trotzdem für unwirkſam hält, ſo iſt m. E. daraus zu ſchließen, daß er Schulden des Herrn auch als obligationes naturales nicht anerkannte.

älteren Juriſten in fr. 6 § 4 cit. beruhe nicht darauf, daß ſie Pekuliarguthaben nicht anerkannten, ſondern „auf der Erwägung, daß durch bloße Gutſchrift eine Pekuliarforderung nicht begründet, alſo auch nicht angenommen werden könne, daß eine Vermächtnißverfügung, die nur das Pekulium nennt, die in ſolchen an ſich unwirkſamen Gutſchriften enthaltenen Beträge mitumfaſſen wolle". Nun iſt allerdings anerkannt, daß eine bloße Gutſchrift des Herrn das Pekulium nicht zu vergrößern vermag, fr. 49 § 2 de pec. 15, 1: si dominus in rationes suas referat se debere servo suo, cum omnino neque mutuum acceperit neque ulla causa praecesserat debendi, nuda ratio non facit eum debitorem, cf. fr. 4 § 1 eod.; allein in unſerem fr. 6 § 4 iſt, wie mir ſcheint, der Eintrag des Herrn nicht als nuda ratio gemeint, ſondern als ein vom Herrn (bei der letzten Abrechnung mit dem Sklaven) anerkannter Schuldpoſten, im Gegenſatz zu einem vom Sklaven erſt nach dem Tode des Herrn vorgebrachten Anſpruch (servus se impendisse dicit). Speziell in dem von Atilicinus entſchiedenen Fall fehlt es keineswegs an einer causa debendi: dem Vater liegt der Unterhalt der Tochter ob, ſelbſt wenn ſie ein Pekulium hat (vgl. oben § 10, S. 185 fg.), und wenn er den Unterhalt nicht in Natur gewähren will, ſo tritt an Stelle deſſen ein annuum, welches an Rechtbeſtändigkeit hinter keiner anderen Naturalſchuld zurückſteht.

Die spätere Jurisprudenz bringt im Zusammenhange mit der sich allmälig entwickelnden Vermögensnatur des Pekulium die Schulden des Herrn an den Sklaven zur Geltung: sie erscheinen als Gegenstück zu der von Alters her bestehenden Deduktion[39]). Die Schulden des Herrn werden für einen Bestandtheil des peculium legatum erklärt: von Javolen in dem eben besprochenen fr. 40 § 3, von Scävola in fr. 23 § 1 de pec. leg. 33, 8[40]) und von Ulpian in fr. 6 § 4 eod. Diese fortschreitende Entwicklung wird durch das Reskript von Sever und Karakalla unterbrochen. Daß diese kaiserliche Entscheidung contra rationem iuris erlassen ist, läßt Ulpian in seiner Darstellung deutlich erkennen; sie ist durch Rücksichten der Zweckmäßigkeit veranlaßt[41]), welche leicht zu verstehen sind, wenn man den Wortlaut des Reskriptes in's Auge faßt: der Erbe kann die Rechnungen des Sklaven nicht so gut, wie der Erblasser, kontrolieren und ist daher oft übertriebenen Ansprüchen des verwaltenden Sklaven ausgesetzt. Darum schien es angemessen, dem Freigelassenen von vornherein die Forderung eines Saldo zu seinen Gunsten aus seiner Verwaltung abzuschneiden. Aber wie, wenn der Herr die Rechnung geprüft und unterschrieben hatte? Darüber konnte nach dem Reskripte ein Zweifel bestehen, der bei Ulpian noch deutlich erkennbar ist. Dieser Zweifel wurde, mit Berufung auf die Mei-

[39]) Vgl. oben S. 268.

[40]) testamento codicillisve servos manumisit et peculia legavit et de Sticho ita cavit: „Stichum servum meum liberum esse volo eique volo dari decem aureos et quidquid ex ratione loculorum meorum habet. rationes autem heredibus meis dari volo. his omnibus, quos hoc testamento manumisi, peculia sua concedi volo.“ quaesitum est, an, quod amplius rationi loculorum in diem mortis erogavit Stichus ex peculio suo, ab heredibus recipere debeat, cum ex consuetudine domus esset, ut quidquid amplius ex suo in ratione loculorum erogasset, dominica ratio ei deberet atque exsolveret. respondit secundum ea, quae propter consuetudinem proponerentur id quoque peculio legato contineri, quod et [ei] dominica ratio deberet et solita erat reddere. Sollten nicht im letzten Satze die Worte propter consuetudinem interpolirt sein, um die Aufnahme dieser Entscheidung des Scävola neben dem in fr. 6 § 4 eod. tit. mitgetheilten Reskripte zu rechtfertigen?

[41]) Pernice, Labeo, Bd. I, S. 384, Mandry, Bd. II, S. 190.

nungen älterer Juriſten (welche freilich von ganz verſchiedenen Anſchauungen ausgingen), zu Ungunſten des Sklaven entſchieden, wie ſich aus der Mittheilung des Reſkriptes in den Inſtitutionen (§ 20 I. 2, 20)[42]) ergibt.

Dieſen Rückſchritt in der Entwicklung des Rechtes konnte das Herreninteresſe im Verhältniß zu den Freigelaſſenen, die ſchon in der Ertheilung der Freiheit eine Wohlthat erkennen mußten, durchſetzen. Bei der a. de peculio dagegen ſtand dem Herrn das vollberechtigte Intereſſe der Gläubiger gegenüber; hier kam daher die aus der Vermögensnatur des Pekulium ſich ergebende Möglichkeit von Naturalſchulden des Vaters zur ungeſtörten Anerkennung.

In der Zurechnung der Naturalſchulden des Herrn zum Pekulium ſehe ich einen hiſtoriſchen Fortſchritt, welcher ſich parallel mit der Ausdehnung des Pekulieninhaltes auf Forderungen gegen Dritte (peculiaria nomina, vgl. oben S. 267) vollzogen hat, aber m. Er. zu einer ſpäteren Zeit. So kennt z. B. Neraz bereits die peculiaria nomina (fr. 9 § 1, fr. 56 de pec. 15, 1), dagegen noch nicht die Naturalſchulden des Herrn als Beſtandtheil des Pekulium (wie ich aus fr. 19 h. t. ſchließe).

Darin liegt kein Widerſpruch: denn die Zurechnung eines peculiare nomen konnte dem Herrn viel leichter zugemuthet werden, als die Anerkennung einer eigenen Schuld an das Pekulium; denn das peculiare nomen iſt meiſt ohne Wiſſen des Herrn entſtanden, häufig an Stelle eines corpus peculiare getreten. Wenn daher der Gläubiger die Zurechnung einer ſolchen Forderung verlangte, ſo wurde damit dem Herrn kein Werth entzogen, den er als eigenen beſaß und auf deſſen Zugehörigkeit zum Patrimonium er gerechnet hatte, ſondern ein Beſtandtheil ſeines Vermögens, von deſſen Exiſtenz er nur in Ausnahmsfällen (wenn das nomen eingeklagt werden muß) Kenntniß erhält, eine Forderung, welche im normalen Verlauf der Dinge (bei freiwilliger Zahlung des Schuldners) ohne Wiſſen des Herrn dem Pekulium, aus dem ſie hervorgegangen iſt, wieder zu Gute kommt[43]). Viel ſchwerer mußte der

[42]) pecuniae, quam in rationes dominicas impendit.

[43]) Wird ein nomen peculiare durch den Herrn eingezogen, ſo läßt

Eingriff in die Autokratie des paterfamilias erscheinen, welcher in der Anerkennung von Pekuliarguthaben lag: der Herr wurde genöthigt, Werthe aus seinem Patrimonium zur Zahlung einer Schuld herzugeben, welche er dem Sklaven gegenüber als eine bloße Fidesverbindlichkeit übernommen hatte. Dieser Rechtssatz mußte zu einer Umwälzung in den Beziehungen zwischen dem Herrn und seinem servus cum peculio führen oder, richtiger gesagt, er setzt eine solche Umwälzung in den thatsächlichen Verhältnissen voraus: wenn früher der Herr dem Sklaven eine Sache abnahm mit dem Versprechen, sie ihm zurückzuerstatten, so war das eine Ademption, welche den Herrn zu nichts verpflichtete, soweit sie nicht in necem creditorum geschah. Jetzt konnte daraus eine Naturalverpflichtung des Herrn entstehen: die Rückgabe durfte, wenn der Herr sie versprochen hatte, nicht mehr unterbleiben, damit der Gläubiger sich auf das Pekulium, wie auf das Vermögen eines debitor sui iuris verlassen konnte[44]).

Ulpian fr. 7 § 6 de pec. 15, 1 daraus eine Naturalschuld des Herrn entstehen: sed et id quod dominus sibi debet in peculium habebit . . . aut si debitorem eius dominus convenit. Fraglich ist dabei, an welche causa civilis im Sinne von fr. 49 § 2 eod. Ulpian dachte: negot. gestio?, obwohl der Herr formell sein eigenes Recht ausübt, oder cond. sine causa? Die übrigen Juristen, welche die Zurechnung der nomina peculiaria vorschreiben (vgl. ob. Note 16), erwähnen nicht, daß der Herr durch die Einziehung Schuldner seines Sklaven werde. Das ist auch m. E. durchaus keine nothwendige Konsequenz aus der Komputation der Pekuliarforderungen: Diese Zugehörigkeit konnte auch ohne Anerkennung obligatorischer Pflichten des Herrn verwirklicht werden. was der Herr einkassirte, wurde Bestandtheil des Pekulium, wenn es auch vorläufig in den Händen des Herrn blieb (sogut wie der Sklave Sachen des Patrimonium besitzen kann, ohne daß sie deshalb ins Pekulium fallen, vgl. oben § 16, S. 228). Gab der Herr die eingegangenen Werthe dem Sklaven nicht heraus, so war das Ademption, welche ja auch gerade bei Gelegenheit von Einkassirung der Pekuliarforderungen als möglich erwähnt wird (vgl. oben Note 20).

[44]) Mit der Anerkennung von Naturalschulden des Herrn hängt es vielleicht zusammen, daß die Ademption einzelner Pekuliarsachen in den Quellen so selten erwähnt wird (fr. 5 § 3 h. t., fr. 4 pr. de pec. 15, 1 vgl. Mandry II, S. 169). Sobald sich einmal ein geregelter geschäftlicher Verkehr zwischen Sklaven und Herrn eingestellt hatte, mußte es zu den Seltenheiten gehören, daß der Herr seine überlegene Stellung zu ge-

Die Anerkennung der Naturalschulden des Herrn als Bestandtheil des Pekulium mußte auf das Anwendungsgebiet der Versionsklage eine umgestaltende Wirkung ausüben. Wenn eine Sache am Pekulium vorbei oder durch das Pekulium hindurch in das Patrimonium gelangte, so konnten daraus, so lange es keine Naturalschulden des Herrn gab, die Pekuliargläubiger nur dann Rechte ableiten, wenn sie einen gegen sie gerichteten Dolus behaupteten. Nur dem einen Gläubiger cuius res ad dominum pervenerat wurde mittelst der Versionsklausel geholfen. Jetzt konnte aus diesen Vorgängen ein Guthaben des Pekulium entstehen, an welches sich sämmtliche Pekuliargläubiger halten durften: es ergab sich daraus eine Kollision zwischen a. de peculio einerseits und dem Sonderrecht des Versionsgläubigers andererseits, deren Lösung der späteren Jurisprudenz oblag und, wie ich glaube, von ihr in musterhafter Weise gefunden worden ist.

Wir kehren zu fr. 19 h. t. zurück und wollen die Zusätze betrachten, welche Paulus zu dem Responsum des Neraz macht. Ihre Bedeutung ist sehr bestritten:

> atquin si filio pater togam emere debuit, in rem patris versa est non nunc quo funerabitur, sed quo tempore emit.

Offenbar hatte Neraz nicht unterschieden, ob eine Verpflichtung des Vaters zum Ankauf der toga bestanden hatte oder nicht, sondern sich mit der ihm vom Gläubiger mitgetheilten Thatsache begnügt, daß die toga zum Pekulium gehörte. Nun haben wir aber (oben § 10 S. 187) gesehen, daß die „veteres“ die nothwendige Kleidung des Sklaven, und doch wohl auch des Haussohnes, nicht zum Pekulium rechneten[45]). Wenn wir nun an-

---

legentlicher Ansichnahme einer Sache des Sklaven mißbrauchte. Dagegen blieb die Spezialademption stets ein bequemes Mittel für den Herrn, sich für seine Forderung an den Sklaven bezahlt zu machen cf. fr. 11 § 5 de pec. 15, 1 in f.: quae sententia vera est, nisi servo ademit vicarium, ut sibi solveret.

[45]) fr. 40 § 1 de pec. 15, 1.

nehmen dürfen, daß Neraz als älterer Zeitgenosse des Pomponius, von dem uns in fr. 25 pr. de pec. 15, 1 die entgegengesetzte Ansicht in Bezug auf die Zugehörigkeit der Kleidungsstücke überliefert ist, noch den Standpunkt der veteres theilte, so wäre damit erklärt, warum er bei einer Toga peculiaris nicht untersuchte, ob sie der Sohn als negotiorum gestor des Vaters oder in eigenen Geschäften erworben hatte; denn wäre ersteres der Fall, d. h. hätte der Sohn eine toga gekauft, welche ihm auch der Vater hätte kaufen müssen, so wäre sie eben gemäß fr. 40 § 1 cit. eine toga patris gewesen. Zur Zeit des Paulus rechnete man aber auch die nothwendige Kleidung zum Pekulium, darum konnte die Anschaffung einer Toga in das Pekulium ebensowohl ein Geschäft des Vaters als eines des Sohnes sein, je nachdem, ob sie zum regelmäßigen Unterhalt ex consuetudine domus gehörte oder nicht. Hat aber der Sohn ein Geschäft abgeschlossen, welches dem Vater oblag, so ist, wie Paulus mit vollem Rechte hervorhebt, schon die Anschaffung eine Version, d. h. der Vater muß das Pekulium von der Kaufschuld entlasten, ohne Rücksicht darauf, was aus der Toga geworden ist, und zwar schuldet der Vater, wie Baron S. 33 richtig bemerkt, in diesem Falle den Anschaffungspreis, nicht den letzten Werth, der Toga.

Jetzt sollte man erwarten, daß Paulus den zweiten möglichen Fall bespricht: sin autem filio pater togam emere non debuit. Statt dessen findet sich ein Zwischensatz (funus enim filii etc. . . non filii), welcher an sich einen klaren Sinn ergibt, aber den Zusammenhang der Stelle nicht blos stört, sondern m. E. vollkommen unterbricht. Vermuthlich ist die Verwirrung dadurch entstanden, daß die Kompilatoren die weiteren Erörterungen des Paulus in ungeschickter Weise abgekürzt und nur das, was ihnen als Resultat wesentlich zu sein schien, mitgetheilt haben.

Die auf den Zwischensatz folgenden Worte:

factus est ergo debitor peculii quamvis res non extent, ut etiam de peculio possit conveniri

lassen sich, so wie sie dastehen, m. E. in befriedigender Weise nicht erklären. Wörtlich genommen würden sie ergeben, daß Paulus die Zuständigkeit a. de peculio neben der Versionsklage (etiam)

behauptet und zwar bliebe dabei fraglich, ob dies für den einen der beiden Fälle (si pater togam emere debuit) gelten soll, oder auch für den anderen. Aber um die Möglichkeit der a. de peculio festzustellen, bedurfte es keiner Berichtigung, oder, wie Baron S. 33 meint, Ergänzung des Ausspruchs von Neraz; denn daß der Gläubiger sich unter allen Umständen an das Pekulium des Sohnes halten darf, ist selbstverständlich und ganz unabhängig von der Frage, ob der Vater Schuldner des Pekuliums ist oder nicht. Gewiß ist es auch dem Neraz nicht eingefallen, die Pekuliarklage in diesem Falle zu versagen; er hat nur ihre eventuelle Unzulänglichkeit im Auge gehabt. Man muß daher versuchen, den Worten des Paulus einen anderen Sinn abzugewinnen: possit conveniri bezieht sich vielleicht nicht auf die rechtliche Zuständigkeit, sondern auf den praktischen Erfolg der Pekuliarklage: „auch die a. de peculio führt zum Ziele, weil der Vater für den Werth der Toga Schuldner des Pekuliums ist", d. h. der Gläubiger bekommt gleichviel, ob er nun de in rem verso oder de peculio klagt.

Allein dieser Auslegung stehen die Bedenken entgegen, von welchen ich in § 1 dieser Untersuchung ausgegangen bin: sollten wirklich beide Klagen zur beliebigen Auswahl stehen und zum gleichen Resultat führen, während uns doch die a. de in rem verso in fr. 1 h. t. als Ergänzung der Pekuliarklage in solchen Fällen, in denen diese nicht ausreicht, dargestellt wird? Oder sollte vielleicht der in fr. 19 h. t. enthaltene Gegensatz zwischen Neraz und Paulus darauf beruhen, daß zu des Ersteren Zeit die Naturalguthaben des Sklaven bei der a. de peculio nicht in Betracht kamen, und die a. de in r. v. zur Aushülfe diente, während zur Zeit des Paulus in Folge der Zurechnung der debita peculiaria die Versionsklage überflüssig geworden wäre? Den ersten Theil dieses Satzes halte ich für richtig, dem zweiten Theil habe ich bereits oben (§ 2 S. 9) widersprochen: wenn wirklich die Versionsklage nichts anderes wäre, als die Geltendmachung der gewöhnlichen Pekuliarguthaben durch den Gläubiger des Sklaven, wie wäre es dann zu erklären, daß der Versionsanspruch als etwas von der Pekuliarklage Verschiedenes dargestellt wird, daß die Ver-

sionsklage nicht überall gegeben wird, wo der Herr seinem Sklaven etwas schuldet, sondern regulariter nur in den Fällen, in denen der Sklave als Mandatar oder negotiorum gestor intercedirt ist (fr. 3 § 2 h. t.)?

Angesichts dieser Schwierigkeiten möchte ich den Versuch aufgeben, die Worte des Paulus, so wie sie überliefert sind, zu interpretiren. Wir haben es, wie ich schon oben bemerkt habe, mit einer zu weit gehenden und deshalb verworrenen Zusammenziehung der Erörterung des Paulus zu thun: Die Entscheidung der zweiten Alternative (si pater togam emere non debuit) ist von den Kompilatoren zum größten Theile weggelassen worden oder in anderer Weise verloren gegangen. Wir wollen nun sehen, welche Entscheidung Paulus nach dem, was ich für die Theorie des spätklassischen Rechtes halte, für diesen zweiten Fall hat geben können: Ist die Toga nicht in Geschäften des Vaters angeschafft, so kann aus dem Kauf kein Regreß des Sohnes, und darum keine Versionsklage des Gläubigers entstehen. Der Kläger ist auf die a. de peculio angewiesen. Für den Umfang des Pekulium kommt nun allerdings das weitere Schicksal der Toga in Betracht: wäre sie vom Sohne vernichtet worden oder durch Zufall zu Grunde gegangen, so hätte sich das Pekulium zum Nachtheil des Gläubigers um ihren Werth vermindert. Da sie aber vom Vater in eigenen Angelegenheiten verwendet wurde — und die Beerdigung des Sohnes ist, trotzdem er ein Pekulium hat, zweifellos Sache des Vaters — so ist dadurch der Vater Schuldner des Sohnes geworden und zwar ist diese Schuld als obligatio dandi ein gewöhnlicher Bestandtheil des Pekulium. Der Gläubiger hat daher an Stelle der Versionsklage die a. de peculio d. h. er steht den übrigen Pekuliargläubigern, die ja dieses debitum peculiare ebenfalls beanspruchen können, gleich, während er als Versionskläger uberiorem actionem haberet (fr. 1 § 2 h. t.).

Von diesem Gedankengang finden sich nun im zweiten Theil des fr. 19 gewissermaßen disiecta membra: Daß Paulus die Versionsklage in einem Falle, in dem sie Neraz gewährte nicht zulassen wollte, kann man aus den Worten Neratius, qui de in rem verso patrem teneri putavit entnehmen, daß dieser Wider-

ſpruch mit der dem Neraz noch unbekannten Zurechnung der debita patris zuſammenhängt, geht aus dem Satze factus est ergo debitor peculii hervor; den Zuſammenhang der pauliniſchen Polemik denke ich mir etwa folgendermaßen: „Neraz gewährt die Verſionsklage, weil ſonſt der Werth der Toga dem Gläubiger entzogen wäre. Aber das iſt falſch: aus der dedicatio in funus entſteht unter keinen Umſtänden ein versum; denn a) entweder iſt ſchon mit Anſchaffung der Toga vertirt, b) oder die Anſchaffung iſt kein versum, dann aber auch nicht die dedicatio; vielmehr entſteht aus dieſem Vorgang ein debitum peculiare. Es gibt alſo in dem von Neraz beſprochenen Thatbeſtand einen Fall, in welchem die a. de peculio allein zuläſſig, aber auch ausreichend iſt: posse etiam fieri, ut pater de peculio (non autem de in rem verso) conveniatur".

So verſtanden ergibt fr. 19 h. t. für den Gegenſatz zwiſchen Paulus und Neraz daſſelbe, was ich (oben S. 272) aus fr. 7 § 4 h. t. für Ulpian und Labeo vermuthet habe: Die Fälle, in denen das ſpätere Recht Pekuliargut haben entſtehen läßt, ſind für das ältere Recht Fälle der Verſion.

Die letzten Worte des Paulus:

> in quam actionem venit et quod in rem versum est, quae tamen adiectio tunc necessaria est, cum annus post mortem filii excessit

verſtehe ich mit Baron S. 65 im prozeſſualiſchen Sinne[46]): ſtellt der Gläubiger die a. de peculio an und überzeugt er ſich im Laufe des Prozeſſes (denn vordem kann er es meiſt nicht wiſſen), daß aus dem Rechtsgeſchäft mit ihm dem Pekulium ein Naturalregreß auf Liberation erwachſen iſt, ſo kann er ſich jetzt noch auf dieſen Umſtand berufen, ut uberiorem actionem habeat. Iſt aber das Jahr abgelaufen, ſo muß der Kläger von vornherein mit der Behauptung der Verſion auftreten, weil ſeine Klage nunmehr auf die Verſion beſchränkt, „ſelbſtändig" geworden iſt.

---

[46]) Vgl. oben § 17, Note 1.

Zum Schluß will ich meine Hypothese über die historische Entwicklung der a. de in rem verso kurz zusammenfassen[47]):

[47]) Zu einem ganz anderen Resultat, als ich, gelangt Grimm a. a. O. S. 45 fg., welcher aus den Widersprüchen in der Versionslehre mit Recht auf eine historische Entwicklung schließt und den Gang derselben aus den Entscheidungen der einzelnen Pandektenjuristen zu rekonstruiren versucht: die Versionsklage ist ursprünglich eingeführt für den Fall, daß Sohn oder Sklave als procurator des Gewalthabers gehandelt haben; hier war das Bedürfniß nach prätorischer Hilfe besonders dringend und nicht weniger auf Seiten des Gewalthabers als der Gläubiger vorhanden. Von der Jurisprudenz der Kaiserzeit ist die Versionsklage in verschiedener Weise aufgefaßt worden: Einige Juristen — Grimm, S. 65 fg. spricht von einer rationalistischen Schule — haben ihr Anwendungsgebiet ausgedehnt, indem sie jede Art der Bereicherung des Patrimonium auf Kosten des Gläubigers als versio betrachteten und von einer Geschäftsführung des Gewaltunterworfenen gänzlich absahen. Zu dieser Gruppe rechnet Grimm a. a. O.: Labeo, Prokulus, Neraz, Mela, Julian. Andere Juristen — Grimm S. 83 nennt sie die historische Schule der Versionslehre — haben sich durch die richtige Erkenntniß des historischen Ursprunges der Versionsklage verleiten lassen, an der Geschäftsführung als Fundament der versio festzuhalten und die Anwendung der Klage auf andere Thatbestände zu bekämpfen. Diese Rückschrittler sind Afrikan (der damit in einen auffallenden Gegensatz zu seinem Lehrer Julian tritt), Papinian, Paulus und Ulpian. Aus dem Widerstreit zwischen ihrem historischen Gewissen und den Anforderungen des praktischen Lebens erklärt Grimm eine Anzahl von Schwankungen und Inkonsequenzen, welche er namentlich bei Paulus und Ulpian (der dabei besonders schlecht wegkommt) anzunehmen genöthigt ist. An dieser mit großer Sorgfalt begründeten Auffassung Grimm's scheint mir richtig zu sein die Beobachtung, daß die älteren Juristen (Labeo u. A.) die a. de in r. v. auf Bereicherung des Herrn zurückführten, während Ulpian und Genossen Geschäftsführung des Sklaven (per intercessionem) verlangte. Aber was Grimm für einen durch historische Bedenken (für die bekanntlich die römische Jurisprudenz nicht sehr zugänglich war) veranlaßten Rückfall in Anschauungen des ältesten Rechtes hält, darin sehe ich einen durch die feinere Ausgestaltung des Pekuliarrechts (Aufkommen der Pekuliarguthaben) bedingten und geforderten Fortschritt der Versionslehre. Daß Papinian, Paulus und Ulpian auf einen schon von Labeo überwundenen Standpunkt zurückgekehrt seien und zwar aus rein theoretischen Erwägungen, wie Grimm annimmt, wäre ein Unikum in der inneren Geschichte des römischen Rechtes. — Für das justinianische Recht gibt Grimm S. 98 der zeitlich älteren, inhaltlich, wie er glaubt, vorgeschrittenen Meinung des Labeo, Prokulus u. s. w. den

Der Sklave kann für das Pekulium oder für das Patrimonium erwerben. That er letzteres oder verwendete er die angeſchafften Pekuliarwerthe in das Vermögen des Herrn[48]), ſo war der Gläubiger benachtheiligt, indem er die von ihm hergegebenen Werthe nicht im Pekulium vorfand und das Pekulium durch keinen Naturalanſpruch gegen den Herrn vermehrt war. Hier war Abhülfe nöthig (nicht beim Fehlen eines Pekulium)[49]) und darum ſtellte der Prätor als Ergänzung der Pekuliarklage die a. de in rem verso auf[50]). Ihr Grundgedanke iſt für das ältere Recht

Vorzug und beruft ſich zum Beweiſe dafür, daß die Bereicherungstheorie durchgedrungen iſt, auf c. 2 u. 5 ad SC. Mac. 4, 28, und § 4 I quod cum eo 4, 7 von welchen Stellen die beiden letzten mir für unſere Frage indifferent zu ſein ſcheinen, während die erſte m. E. eher für Geſchäftsführung als Grundlage der Verſion ſpricht, c 2 cit: Zenodorus si, cum sui iuris esse publice videretur, aut patris voluntate contraxit, aut in eam rem pecuniam accepit, quae patris oneribus incumberet, vel suae potestatis constitutus novatione facta fidem suam obligavit vel alias agnovit debitum, non esse locum decreto amplissimi ordinis rationis est.

[48]) Mandry II, S. 526 vermuthet, im Anſchluß an Brinz und Löwenfeld, daß die versio ex peculio erſt nachträglich in Folge Vermittlung durch die Jurisprudenz zugelaſſen worden ſei. Er beruft ſich auf die Ausdrucksweiſe Ulpian's in fr. 3 § 1, fr. 5 § 3 h. t. (abgedruckt oben S. 191). Ich halte dieſe Entwicklung nicht für wahrſcheinlich: indirekte Verſion iſt anerkannt ſchon bei Neraz, der ja ſonſt eine von Ulpian und Paulus bekämpfte Anſicht über Verſion vertritt (vgl. oben S. 276), in fr. 19 h. t. (versio togae peculiaris), vielleicht auch in fr. 5 § 8 de iure dot. 23, 3 verb.: vel etiam ipse accepit et dedit. Ferner macht die Formel: dumtaxat de peculio vel si quid inde in rem domini versum est (fr. 41 de pec. 15, 1) den Eindruck, als ob ſie von vorn herein auf indirekte Verſion berechnet ſei. Endlich ſprechen innere Gründe gegen das ſpätere Aufkommen der versio ex peculio: es iſt ſchwer zu glauben, daß der Prätor den Gläubiger zwar gegen den Nachtheil ſchützte, welcher bei in direkter Anſchaffung für das Patrimonium eintrat, nicht aber gegen den ſo naheliegenden Umweg, auf welchem die Sache erſt in das Pekulium und dann, noch ehe der Gläubiger zu ſeinem Gelde kam, in das Patrimonium gelangte. Gegen Ademption der unbezahlten Sache war der Gläubiger vielleicht durch die Dolusklauſel genügend geſichert, aber Verwendung durch den Sklaven ohne Wiſſen und Willen des Herrn ließ ſich doch nicht als dolus domini auffaſſen. Vgl. unten Note 55.

[49]) Vgl. oben § 17, S. 244.

[50]) Daß der Prätor eine beſondere a. de in rem verso einführte, iſt

die Bereicherung des Herrn auf Kosten des Gläubigers[51]: Der Herr erwirbt eine Sache des Gläubigers resp. deren Werth, ohne einer entsprechenden Haftung de peculio ausgesetzt zu sein. Darum wurde kein versum anerkannt, wenn der Herr dem Sklaven die Verwendung vergütete[52]; denn dadurch hatte er das Haftungsobjekt, auf welches der Gläubiger rechnen konnte, das Pekulium, auf den Umfang gebracht, welchen es haben würde, wenn der Sklave den Erwerb für sich selbst gemacht hätte. Ebenso war schon vom Standpunkt der Bereicherung aus kein versum vorhanden, wenn und soweit der Sklave Schuldner des Herrn war[53]: denn im selben Maß, in welchem der Herr für seine Forderungen ex re creditoris befriedigt wurde, verlor er sein Deduktionsrecht, erhöhte sich daher das Haftungsobjekt des Gläubigers[54].

---

ein Anzeichen dafür, daß er die condictio des Civilrechts in diesem Falle nicht für anwendbar hielt. Der Grund des Ausschlusses der condictio liegt vielleicht in der Regel: his solis pecunia condicitur, quibus quoquo modo soluta est, non quibus proficit (fr. 49 de cond. ind. 12, 6), welche gewiß älter als Modestinus ist, der sie uns überliefert hat. Vor Allem kommen aber hier die oben S. 248 fg. dargelegten Erwägungen in Betracht: Die condictio hätte die Bereicherung des Patrimonium ohne Rücksicht auf das dem Civilrecht unbekannte Verhältniß des Herrn zum Pekulium erfaßt. Bei der prätorischen, im Zusammenhange mit der a. de pec. stehenden Versionsklage sollten dagegen Zahlungen und Forderungen des Herrn an den Sklaven als Minderungen seiner Bereicherung berücksichtigt werden.

[51]) adversus lucrum domini videtur subventum (fr. 10 § 7 h. t. Pomponius); quia dando libertatem locupletior ex nummis non fit (fr. 2 h. t. Javolenus).

[52]) fr. 16 h. t. (Alfenus): . . illud sibi videri boves quidem in rem domini versos esse, sed pro ea re solvisse tantum, quanti priores boves venissent.

[53]) fr. 20 pr. de m. 4, 3. Labeo ait . . . nec in rem domini versum videtur, cum ob debitum dominus acceperit.

[54]) In beiden Fällen hätte die civilrechtliche condictio, wenn dieselbe aus Rechtsgeschäften des Sklaven an Stelle der Versionsklage zulässig wäre, zu einer Haftung des Herrn geführt: denn das Herrenvermögen, als Ganzes betrachtet, ist zweifellos vergrößert, wenn auch das Geld des Gläubigers dazu gedient hat, eine Schuld des Sklaven an seinen Herrn zu bezahlen (vgl. oben S. 177), und diese Vergrößerung wird nicht dadurch

Mit der Anerkennung von Naturalforderungen des Sklaven als Beſtandtheile ſeines Pekulium mußte die a. de in rem verso eine große Veränderung erleiden. Die Ereigniſſe, welche ſich bisher als ungerechtfertigte Bereicherung des Herrn aus dem Vermögen des Dritten dargeſtellt hatten, erſchienen nun nicht mehr als reiner Gewinn für den Herrn; denn ſein Patrimonium war zugleich mit dem Regreßanſpruch des Sklaven belaſtet. Zwiſchen dieſer Naturalforderung und der aus demſelben Thatbeſtand hervorgehenden Verſionsklage mußte ein Zuſammenhang hergeſtellt werden. Daraus ergab ſich:

1. eine Einengung ihres Anwendungsgebietes. Da aus der Verwendung der vom Gläubiger ſtammenden Werthe ein Naturalregreß des Sklaven entſtand, ſo mußte man ſich fragen, ob nicht in Folge dieſer Neuerung die Verſionsklage überflüſſig geworden ſei, weil ja ſchon die Pekuliarklage denſelben Betrag erfaſſe. Es handelte ſich dabei nicht blos um die Faſſung der Formel, ſondern vor Allem um die Frage, ob die Haftung des Herrn ex verso ſämmtlichen Pekuliargläubigern zu Gute kommen ſollte, oder, wie bisher, nur dem einen, zu deſſen Vermögen die vertirte Sache gehört hatte. Das Reſultat des Meinungskampfes, von dem uns nur wenige Spuren erhalten ſind[55]), findet ſich, ohne Begründung, in der regula Ulpian's fr. 3 § 2 h. t., deren Sinn wir durch dieſe Unterſuchung dahin feſtgeſtellt zu haben

rückgängig gemacht, daß der Herr an den Sklaven zahlt, da ja das gezahlte Geld immer noch in ſeinem Vermögen bleibt. Mit der Verſionsklage dagegen ſollte der Herr ſoweit haften, als er unter Berückſichtigung ſeiner Pekuliarhaftung bereichert war.

[55]) Vielleicht gingen andere Juriſten in den Konſequenzen der Anerkennung von Naturalforderungen weiter als Ulpian: man konnte nämlich behaupten, daß die versio ex peculio immer ein Pekuliarguthaben, und daher nie eine a. de in r. v. begründe, weil ſie ſtets erogatio und nie Interceſſion ſei. Eine feinere Unterſuchung des Thatbeſtandes mußte aber zur Erkenntniß führen, daß es nicht auf direkten oder indirekten Uebergang der Sache des Gläubigers in das Patrimonium ankomme, ſondern vielmehr darauf, ob der Sklave den animus negotia gerendi ſchon beim Abſchluß des Anſchaffungsvertrages hatte oder erſt ſpäter faßte. In dieſem Sinne betont Ulpian in fr. 3 § 1 und fr. 5 § 3 h. t. die Möglichkeit der indirekten Verſion, vgl. oben Note 48.

glauben, daß von den Naturalforderungen des Sklaven diejenigen, welche auf Liberation gehen (alſo im Weſentlichen die Anſprüche aus Geſchäftsführung per intercessionem), nicht bei der a. de peculio in Betracht kommen, ſondern als Grundlage der allein dem Verſionsgläubiger zu Gebote ſtehenden a. de in rem verso erſcheinen; Naturalanſprüche dagegen, deren Inhalt ein dare iſt, und die daher keinen Zuſammenhang mit der Forderung eines Gläubigers haben (Regreß aus erogatio, Anſprüche aus Verkauf, Vermiethung, Darlehen von Pekuliarwerthen), bilden einen Beſtandtheil des Pekuliums und ſind dem Zugriff des okkupirenden Pekuliargläubigers ausgeſetzt, ſelbſt wenn die res, aus deren Zuwendung oder Verwendung der Anſpruch des Sklaven entſtanden iſt, aus dem Vermögen eines anderen Pekuliargläubigers ſtammt.

2. eine Erweiterung des Anwendungsgebietes der Verſionsklage: Ein Liberationsregreß iſt in manchen Fällen möglich, in denen von einer Bereicherung des Geſchäftsherrn (oder davon, daß ea res in patrimonium redacta est) nicht die Rede ſein kann oder nur dann ſein könnte, wenn man ſich mit Mandry (Bd. II, S. 512) entſchließt, die Bereicherung mit dem Maß der bei der negotiornm gestio geltenden Regeln zu meſſen. Daraus erklären ſich die Fälle der Verſion, welche der „Bereicherungstheorie" Schwierigkeiten machen und, wie ich glaube, ihre Unrichtigkeit beweiſen; es gehört dazu:

a) die Verſionsklage bei ausgebliebenem Erfolge der Geſchäftsführung[56]). Hier mußte die ältere Jurisprudenz zu einem anderen, dem Herrn günſtigeren Reſultat kommen. Von dieſer Anſchauung findet ſich m. E. ein Rudiment in fr. 4 h. t., wo Gaius die durchaus konſequente Entſcheidung, die uns von Ulpian in fr. 3 § 10 h. t. überliefert wird, mit dem Argumente: nam utrisque condemnari dominum de in rem verso iniquum est abweiſt. Daß die Kompilatoren dieſe Stelle aufnehmen, erklärt ſich zur Genüge aus ihrer bekannten Vorliebe für Alles, was mit dem Anſpruch, der aequitas zu entſprechen, an ſie herantrat. Daß aber im gegebenen Falle, was für den domi-

[56]) Vgl. oben § 14, S. 208 fg.

nus billig iſt, für einen der beiden Gläubiger eine höchſt unbillige Verkürzung ſeines nach der ſpäteren Verſionstheorie wohlbegründeten Rechtes enthält, hat Tribonian, wie ſo oft, überſehen.

b) Die Verſionsklagen aus privativer und kumulativer Interceſſion ſind, wie mir ſcheint, auf dem Boden der „Regreßtheorie" entſtanden. In der That fehlt es in dieſen Fällen an einer Bereicherung in der ſinnlich-materiellen Bedeutung, welche dem Ausdruck vertere in rem domini entſpricht; es iſt keine Sache aus dem Vermögen des Gläubigers in das des Herrn gelangt; wenn der Gläubiger an Stelle des Vaters den Sohn zum Schuldner nimmt, oder ſich die Schuld des Vaters durch den Sohn verbürgen läßt und durch Belangung des Sohnes die Klage gegen den Vater einbüßt, ſo gehört ſchon ein raffinirter Bereicherungsbegriff dazu, um ſagen zu können, daß der Vater auf Koſten des Gläubigers einen unberechtigten Gewinn gemacht habe. Dazu kommt, daß der Gläubiger, wenn er in ſolchen Fällen durch Inſufficienz des Pekulium zu Schaden käme, dieſen Nachtheil ausſchließlich ſeiner eigenen Handlungsweiſe zuzuſchreiben hätte. Nach all' dem ſcheint es mir nicht wahrſcheinlich, daß die Verſionsklage in dieſen Fällen der älteren Jurisprudenz bekannt geweſen iſt. Die Stellen, in welchen die Verſionsklage aus privativer oder kumulativer Interceſſion anerkannt ſind, ſtammen von Papinian und Ulpian[57]) und in fr. 18 h. t. wird die a. de in r. v. von Neraz dem Bürgen des intercedirenden Sklaven verſagt, quia non id ipsum credidit, quod in rem domini versum est[58]). Da wir den Neratius auch ſonſt als Vertreter einer älteren Theorie kennen[59]), ſo finde ich in dieſer Stelle eine Beſtätigung dafür, daß in dem Fundament der Verſion eine Veränderung vor ſich gegangen iſt: Anfangs war die Verſionsklage dazu beſtimmt, dem Gläubiger zu helfen, deſſen Sache in das Vermögen des Herrn gelangt war; nach Aufkommen der Pekuliarguthaben diente ſie dazu, dem

[57]) fr. 10 pr. — § 3 h. t., fr. 10 § 2 de fidei. 46, 1 vgl. oben S. 143 fg.

[58]) Vgl. oben § 11, S. 190, Note 2.

[59]) Vgl. oben S. 275.

Gläubiger an dem seiner Forderung entsprechenden Liberationsregreß des Sklaven ein Aussonderungsrecht zu verschaffen.

Eine Reminiscenz an diese historische Entwicklung läßt sich vielleicht in der von Ulpian, fr. 3 § 2 h. t., formulirten Regel erkennen:

> regulariter dicimus totiens de in rem verso esse actionem, quibus casibus procurator mandati vel qui negotia gessit negotiorum gestorum haberet actionem quotiensque aliquid consumpsit servus, ut aut meliorem rem dominus habuerit aut non deteriorem.

Dieser Satz macht grammatikalisch und inhaltlich den Eindruck, als sei er aus der Umgestaltung einer älteren Definition entstanden: quotiens aliquid consumpsit servus ut aut meliorem reus dominus haberet aut non deteriorem scheint mir die Antwort zu sein, welche die ältere Jurisprudenz auf die Frage nach dem Anwendungsgebiet der Versionsklage ertheilte. Ulpian dagegen basirt die a. de in r. v. auf den Naturalregreß des Sklaven; daß er die Definition des älteren Rechtes nicht durch die seinige ersetzte, sondern zur Ergänzung in dieselbe aufnahm, habe ich oben § 3 S. 16 zu erklären versucht.

§ 19. Actio de in rem verso utilis.

Ich habe meine Auffassung der Versionsklage aus den Prinzipien der Geschäftsführung (§ 4) und des Liberationsanspruches (§ 5) abgeleitet, und glaube auf diesem Wege eine befriedigende Erklärung der Voraussetzungen und Wirkungen der a. de in rem verso gewonnen zu haben. Es bleibt nun noch zu untersuchen, ob die Rechtsfigur der Version — Geltendmachung des Liberationsregresses durch den Gläubiger der aufzuhebenden Forderung — unlöslich mit den Rechtssätzen des Sklavenverkehres zusammenhängt, oder auf die Beziehungen zwischen freien Personen übertragen werden kann, ob also — um zunächst bei der Liberationsforderung aus Geschäftsführung stehen zu bleiben — eine a. de in rem verso utilis aus dem Rechtsgeschäft eines freien Geschäftsführers anzuerkennen ist. Diese Frage ist wie für das justinianische so auch für das heutige gemeine Recht sehr streitig.

Auch besteht unter den Anhängern einer a. de in r. v. utilis dieselbe Uneinigkeit über Grundgedanken und Anwendungsgebiet dieser Klage, wie über die Natur der a. de in r. v. im Sklavenrechte.

I. Möglichkeit der Versionsklage.

Im vorigen Jahrhundert hat man, einem vagen Billigkeitsgefühl folgend, die Versionsklage in ausgedehntestem Maße gewährt [1]).

In neuerer Zeit ist gegen die Uebertreibungen dieser Lehre eine Reaktion eingetreten, welche aber, wie mir scheint, ihrerseits über die richtigen Grenzen hinausgeht. Einige Schriftsteller bestreiten die Existenz einer a. de in rem versio utilis [2]), andere halten es für nöthig, das Gebiet dieser Klage in einer m. E. unzutreffenden Weise zu beschränken [3]). Diese Abneigung gegen die Versionsklage erklärt sich aus dem berechtigten Bestreben, einer ungebührlichen Ausdehnung derselben entgegenzutreten. In der That ist die Zulassung einer Klage des Gläubigers gegen den Geschäftsherrn seines Schuldners nicht nur eine Abweichung von dem Prinzip, daß ein Vertrag nur Obligationen zwischen den Kontrahenten erzeugt, sondern auch mit nicht unerheblichen Gefahren für den Rechtsverkehr verbunden:

a) einerseits kann aus der Klage des Gläubigers C gegen den Geschäftsherrn D leicht eine unbillige Benachtheiligung des letzteren entstehen: D glaubt nur Schuldner des Geschäftsführers G zu sein und würde durch das Rechtsgeschäft, welches G ein-

[1]) Vgl. darüber Kämmerer in Linde's Zeitschrift Bd. 8, S. 354 fg. und Ude im Arch. f. civil. Prax., Bd. 50, S. 374 fg. Die Versionsklage wurde sogar als a. in rem scripta aufgefaßt und mit dem Pfandprivileg wegen versio in rem (Windscheid, Pandekten § 246, Nr. 3) in Zusammenhang gebracht. Ein später Nachzügler der alten Versionslehre ist Grimm a. a. O., S. 147, 212, der die Einengung des Anwendungsgebiets dieser Klage zwar für quellenmäßig, aber wie es scheint, für bedauerlich hält.

[2]) Baron, S. 40 fg., Mandry, Bd. 2, S. 330 fg., 461 fg., Schloßmann, Jahrb. f. Dogm., Bd. 28, S. 331 fg. und die bei Windscheid, Pandekten § 483, Note 5a citirten Autoren.

[3]) Ihering und Windscheid, vgl. unten S. 314.

geht, einen zweiten Gläubiger, C, erhalten, dessen Existenz ihm leicht unbekannt sein kann;

b) andererseits ist auch das Interesse der Gläubiger des Geschäftsführers in Betracht zu ziehen: was der Versionsgläubiger C vom Geschäftsherrn erlangt, entzieht er damit der Konkursmasse des Geschäftsführers.

Nach diesen beiden Richtungen muß sich die a. de in rem verso utilis rechtfertigen lassen, wenn sie im System unseres Rechtes Anspruch auf Geltung macht. Betrachten wir nun, wie sich die Uebertragung der von uns dargelegten Grundsätze der Version auf den Verkehr freier Personen zu diesen beiden Postulaten stellt:

Die Versionsklage beruht auf einem naturalen Befreiungsregreß des Sklaven gegen seinen Herrn. Die a. de in r. v. utilis wäre demgemäß nur dann am Platz, wenn und so lange der Geschäftsführer einen Liberationsanspruch gegen den Geschäftsherrn hat.

Bei dieser Begrenzung wäre dem Postulat a) zweifellos genügt: da die Liberationsverpflichtung durch Leistung an den liberationsberechtigten Schuldner erfüllt werden kann, so wäre für den Geschäftsherrn, welcher seinen Geschäftsführer G befriedigt hat, die Gefahr, nochmals an dessen Gläubiger C zahlen zu müssen, vermieden[4]).

Aber auch gegen das zweite Postulat b) wird, wenn man die a. de in r. v. utilis auf einen Befreiungsregreß begründet, nicht verstoßen; denn wir haben in § 5 gesehen, daß der Liberationsanspruch in seiner Struktur darauf angelegt ist, dem *einen* Gläubiger C, mit dessen Forderung er zusammenhängt, zu Gute zu kommen: wenn G seine Regreßklage ausübt, so bewirkt er zugleich mit seiner Entlastung die Befriedigung seines Gläubigers C; *nur* an C kann G seine Liberationsforderung mit praktischem Erfolge cediren, *nur* C kann diese Forderung mit Nutzen pfänden, und, wenn G in Konkurs verfällt, so führt sein Befreiungsanspruch — bei normaler Verwendung durch den Konkursverwalter — zu

---

[4]) Dieser Gesichtspunkt wird mit Recht betont von *Ruhstrat*, Magazin f. d. deutsche Recht der Gegenwart, Bd. 4, S. 219 fg., S. 233 fg.

einer Begünstigung des C vor den übrigen Gläubigern, allerdings nur auf dem Wege einer Reflexwirkung, die in der oben S. 129 dargelegten Weise durch den Konkursverwalter vereitelt werden könnte. Mit der Zulassung einer a. de in r. v. utilis würde diese Reflexwirkung zu einem Rechte des begünstigten Gläubigers C erstarken. Eine Unbilligkeit gegen die übrigen Gläubiger des G möchte ich darin nicht sehen: sie können sich m. E. nicht beklagen, wenn ihnen ein Recht entzogen wird, das sie nur auf Umwegen von seinem ursprünglichen Ziel zu ihrem Vortheil ablenken können[5]).

So erweist sich dann die auf einen Liberationsanspruch des Geschäftsführers basirte Versionsklage als ein Rechtsmittel, welches, ohne berechtigte Interessen zu stören, sich ungezwungen in das Gebäude des Obligationenrechts einfügt. Daß diese Klage sich zunächst im Sklavenrecht entwickelt hat und erst in später Zeit in das Recht der personae sui iuris herübergenommen wurde, erklärt sich aus folgenden Umständen: der Gläubiger des Sklaven hat eine Forderung gegen den Herrn, welche inhaltlich von dem Betrage des Pekulium abhängt; gehören zum Pekulium Naturalansprüche des Sklaven, so werden sie in peculium komputirt, oder, anders gesagt, vom Gläubiger zu seiner Befriedigung geltend gemacht; befindet sich im Pekulium ein Liberationsregreß, so kommt er den übrigen Gläubigern nicht zu Gute, sondern begründet die Versionsklage des C (vgl. oben § 6).

---

[5]) Auf diese Erwägungen geht Ruhstrat a. a. O. nicht ein. Er sagt S. 233: „Warum hätte man nicht dem Dritten die Befugniß einräumen sollen, diesen Betrag (der Aufwendungen), insoweit als der Geschäftsführer ihn mit seiner Ersatzklage geltend machen könne, mit Umgehung des Geschäftsführers direkt von dem Prinzipal zu fordern?" Ruhstrat übersieht dabei, daß die in der Versionsklage liegende Bevorzugung des einen Gläubigers vor den übrigen eine Rechtfertigung verlangt, aber auch, wie ich glaube, in dem Inhalte des Liberationsregresses findet. Dementsprechend scheint Ruhstrat jeglichen Regreß des Geschäftsführers, auch den auf Erstattung gerichteten Regreß (aus der Verwendung von Werthen, die der Geschäftsführer in eigenem Interesse angeschafft hat), für eine genügende Basis der Versionsklage zu halten. Hier ist, wie ich glaube, die Unvollkommenheit seiner Lehre zu suchen.

Ist dagegen der Geschäftsführer G eine freie Person, so fehlt es an einer solchen Vermittelung zwischen der Forderung seines Gläubigers C und dem ihr entsprechenden Liberationsregreß. Der Gläubiger hat eine Klage gegen seinen Schuldner G, zu deren Durchführung es einer Feststellung des Aktivvermögens des G nicht bedarf. Daher kommt es im Prozeß zwischen C und G gar nicht zur Frage, ob G irgendwelche Ansprüche, speziell Liberationsansprüche, gegen D hat. Auf der anderen Seite kann der Geschäftsführer, was der Sklave nicht konnte, selbst über seinen Regreß verfügen, und ihn, wenn es nöthig ist, klagend geltend machen. Er kann seine Regreßklage an seinen Gläubiger abtreten, aber er ist dazu aus seinem Vertrage nicht verpflichtet[6]). Noch weniger besteht ein allgemeiner Grundsatz, nach welchem der Gläubiger befugt wäre, die Ansprüche seines Schuldners zu eigenem Nutzen geltend zu machen:

c. 15 si certum pet. 4, 2 (Diocletianus): non adversus te creditorem, qui mutuam pecuniam sumpsisti, sed eius, cui hanc credideras, heredes experiri contra iuris evidenter postulas formam.

Auch im Verhältniß der Geschäftsführung scheint zunächst kein Grund vorzuliegen, weshalb man von diesem Prinzip abgehen sollte. Das eigene Interesse des Geschäftsführers, könnte man sagen, reicht ja hin, um ihn zu der auch seinem Gläubiger C erwünschten Durchführung seines Liberationsanspruches zu veranlassen. Diese Erwägung mag lange die Uebertragung der pekuliarrechtlichen Versionsklage hintangehalten haben. Allein es gibt Fälle, in denen die eigene Thätigkeit des liberationsberechtigten Geschäftsführers versagt, und dem Gläubiger nur dadurch geholfen

[6]) Wie Savigny, Obligationenrecht, Bd. 2, S. 31, irrthümlich annimmt: „Der Freie, der zu meinem Vortheil einen Vertrag schließt, hat stets gegen mich eine Regreßklage . . . Diese Klage kann und muß er dem dritten Kontrahenten gegen mich cediren, und es bedurfte also keiner neuen, prätorischen Erfindung, um ihm eine Klage gegen mich zu verschaffen." Aehnlich Arndts, Pandekten, § 248, Note 3, Witte, Bereicherungsklagen, S. 266 und Brinz, Pandekten, § 259 zu Note 21. Vgl. oben § 3, S. 18 und § 5, S. 118. Gegen Savigny auch Ruhstrat a. a. O., S. 229 und Ihering, Jahrb. für Dogm. Bd. 1, S. 338.

werden kann, daß man den Grundsatz, daß aus einem Vertrage nur Obligationen der Kontrahenten entstehen sollen, durchbricht. Diese Fälle sind namentlich: Insolvenz und Unbelangbarkeit des Geschäftsführers wegen Abwesenheit oder aus anderen Gründen. Hier war ein Bedürfniß vorhanden, die Versionsklage utiliter auf den Verkehr freier Personen auszudehnen.

II. Das Quellenmaterial.

Ist diese Uebertragung schon im römischen Rechte erfolgt? Ich glaube diese Frage bejahend beantworten zu dürfen. Die Stelle, auf welche sich die Anhänger einer Versionsklage von je her hauptsächlich gestützt haben, ist c. 7 quod cum eo 4, 26:

Diocletianus et Maximianus Crescenti. Ei, qui servo alieno dat mutuam pecuniam, quamdiu superest servus, item post mortem eius intra annum de peculio contra dominum competere actionem vel, si in rem domini haec versa sit quantitas, post annum etiam esse honorariam non est ambigui iuris. (§ 1) Qua propter si quidem in rem domini versa pecunia est, heredes eius convenire potes de ea summa, quae in rem ipsius processit. (§ 2) Si vero hoc probari non potest, consequens est, ut superstite quidem servo dominum de peculio convenias vel, si iam servus rebus humanis exemptus est vel distractus seu manumissus nec annus excessit, de peculio quondam adversus eum experiri possis. (§ 3) Alioquin si cum libero rem agente eius, cuius precibus meministi, contractum habuisti et eius personam elegisti, pervides contra dominum nullam te habuisse actionem, nisi vel in rem eius pecunia processit vel hunc contractum ratum habuit.

Wir betrachten zunächst die Ansichten derjenigen Autoren, welche in c. 7 cit. eine Uebertragung der Versionsklage auf den Verkehr unter gewaltfreien Personen nicht anerkennen wollen:

1. Am einfachsten ist das Mittel, durch welches sich Schloßmann[7]) mit unserer Stelle abfinden will: er schlägt vor „liber"

[7]) Jahrb. f. Dogm. Bd. 28, S. 341 fg., vor ihm schon Fritz, Er-

im Sinne von „Hauskind" (im Gegensatz zu den servi in potestate) zu verstehen. Dann hätten wir es mit der gewöhnlichen a. de in r. v. zu thun. Aber diese Auslegung ist m. E. ganz unannehmbar: der mit alioquin beginnende § 3 der constitutio soll offenbar eine erhebliche Verschiedenheit, wenn auch nicht der Rechtsfolgen, so doch wenigstens des Thatbestandes enthalten; daß aber die Versionsklage aus Rechtsgeschäften des Sohnes genau ebenso gewährt wurde, wie aus solchen des Sklaven, war eine von Alters her feststehende und über jeden Zweifel erhabene Thatsache, welche einer besonderen Hervorhebung am Schluße der kaiserlichen Entscheidung nimmermehr bedurfte[8]).

2. Bisweilen findet sich die Behauptung, daß es sich in unserer Stelle um eine cond. sine causa gegen den Geschäftsherrn handele[8a]). Ich glaube, daß hier entweder sämmtliche oder wenigstens mehrere von den wesentlichen Voraussetzungen fehlen, unter welchen diese Klage gewährt wird:

a) die condictio erfordert Uebergang eines Werthes aus dem Vermögen des Klägers in das des Beklagten[8b]). Diesem Erfordernisse wäre nur dann genügt, wenn der Prokurator das erhaltene Geld sofort für den Geschäftsherrn erwirbt (sog. direkte Version, vgl. oben S. 191). Bei indirekter Version würde die Bereicherung des Geschäftsherrn nicht aus dem Vermögen des Gläubigers, sondern aus dem des Geschäftsführers erfolgen;

b) das Vermögen des Gläubigers ist nicht sine causa ver-

läuterungen zu Wening-Ingenheim's Pandekten, Bd. 2, S. 251. Gegen Fritz wendet sich Ruhstrat a. a. O. S. 237. Die Interpretation von Schloßmann nennt Lenel, Arch. f. civ. Prax., Bd. 78, S. 355 mit Recht eine „Verzweiflungsaushülfe."

[8]) Dazu kommen noch die sprachlichen Bedenken gegen liber = filius familias, welche Schloßmann, wie mir scheint, nicht hat beseitigen können.

[8a]) Keller, Pandekten, § 236, S. 467. Wesentlich dieselbe Klage gibt Cujacius t. IX p. 314 unter dem Namen einer a. negot. gest. utilis (weil ohne contemplatio domini entstehend). Im Sinne von Cujaz unter den Neueren Seuffert, Praktisches Pandektenrecht, 3. Aufl., Bd. 2, § 346, S. 241.

[8b]) fr. 49 de cond. ind. 12, 6, fr. 32 de reb. cred. 12, 1: quia pecunia mea ad te pervenit. fr. 30 pr. de a. e. v. 19, 1: quasi res mea ad te sine causa pervenerit.

mindert, denn er hat seine Sache gegen ein rechtsbeständiges Forderungsrecht hergegeben. Wenn diese Forderung durch Insolvenz des Schuldners werthlos wird, so ist das ein Schaden, welchem auf dem Wege der Kondiktion nicht abgeholfen werden kann;

c) auch der Erwerb des Geschäftsherrn ist nicht grundlos erfolgt, sondern beruht auf der causa mandati vel neg. gestionis (vgl. oben S. 244), und das selbst dann, wenn der Geschäftsführer den Erwerb als direkter Vertreter des Geschäftsherrn gemacht oder den Gläubiger angewiesen hat, an den Geschäftsherrn zu leisten.

3. Mandry versucht die a. de in r. v. utilis aus dem Wege zu räumen, indem er die in c. 7 cit. anerkannte Klage für eine gewöhnliche Darlehensklage erklärt. Zum Thatbestande der cond. mutui gehöre zwar der — hier fehlende — Konsens zwischen Gläubiger und Schuldner, aber es werde beim Darlehen mit dem Konsense nicht so streng genommen, wie bei der Begründung sonstiger Vertragsobligationen[9]). Der Beweis dieser Behauptung scheint mir nicht gelungen zu sein. Gerade für das Darlehen haben wir in fr. 32 de reb. cred. 12, 1 eine Entscheidung, in welcher das Erforderniß des Konsenses in schärfster Weise betont wird, in einem Fall, bei welchem man am ehesten geneigt wäre, über den Mangel desselben sich hinwegzusetzen[10]); der von Mandry herangezogene Rechtssatz aber, daß ein Darlehen (ohne Vollmacht) auf den Namen eines Dritten gegeben werden könne, ist für das römische Recht durchaus nicht zweifellos[11]) und kann, wie Mandry selbst zugibt, nicht ohne Weiteres zu der Folgerung berechtigen, daß auch die Zustimmung des Schuldners für das Zustandekommen des Darlehens unwesentlich sei.

Der wichtigste Einwand gegen Mandry's Konstruktion ergibt sich jedoch aus ihren praktischen Konsequenzen, die Mandry

---

[9]) Bd. 2, S. 332: aus der datio pecuniae könne trotz mangelnden Konsenses eine condictio ex mutuo hervorgehen, wenn die Entstehung einer Verpflichtung zur Rückzahlung auch vom Standpunkt des Empfängers aus billiger Weise nicht zurückgewiesen werden könne.

[10]) Dernburg, Pandekten, Bd. 2, § 85, Note 9.

[11]) Brinz, Pandekten, Bd. 2, § 296, Note 11.

selbst allerdings nicht in Betracht zieht; sie bestehen in Folgendem: Ein Geschäftsführer G nimmt ein Darlehen von C auf und verwendet das Geld in das Vermögen des Geschäftsherrn D. Aus diesem Thatbestand erwächst nach allgemeinen Grundsätzen eine a. negot. gestorum contraria des G gegen D. Zugleich aber soll, wie Mandry annimmt, eine condictio mutui des C gegen D entstehen, und zwar, wie es scheint, ohne das D zu wissen braucht, daß G die aufgewendeten Gelder sich durch ein Darlehen verschafft hat. Der Geschäftsherr D hat also zwei Gläubiger: den Geschäftsführer G, dessen Anspruch ihm bekannt ist, und den Darlehensgläubiger C, über dessen Forderung er in der entschuldbarsten Unkenntniß sein kann, wenn G es nicht für angemessen hält, die Herkunft des von ihm verwendeten Geldes mitzutheilen. Wenn nun D dem G die Auslagen, welche dieser nachweislich gemacht hat, zurückerstattet, wie soll diese Zahlung auf die Darlehensforderung des C wirken? Will man mit der Bezeichnung des Anspruches des C als condictio mutui Ernst machen, so wird man, wie ich glaube, zu der unausweichbaren Antwort gedrängt, daß die Leistung an G den D von seiner Darlehensschuld nicht befreit. Denn eine Forderung kann ja nur durch Zahlung an eine empfangsberechtigte Person getilgt werden, und G ist in unserem Fall weder Gläubiger des Darlehensanspruches, noch auch als vom Gläubiger C zur Annahme der Zahlung bevollmächtigt zu betrachten. Allerdings hätte D, wenn er zur nochmaligen Zahlung, an C, genöthigt wird, das Recht, die erste Zahlung von G zurückzufordern, denn es hat sich jetzt herausgestellt, daß die a. neg. gest. contr. des G nicht ein Erstattungsanspruch war, wie D bei der Zahlung an ihn glaubte, sondern ein Liberationsanspruch, allein dieser Rückgriff wird dem D u. U. — bei Insolvenz oder Unbelangbarkeit des G — wenig helfen.

Es ergibt sich daher aus der Mandry'schen Ansicht das m. E. unerträgliche Resultat, daß ein Geschäftsherr mit seinem Geschäftsführer über dessen Auslagen nicht mit Sicherheit abrechnen kann, ohne für den Fall, daß der Geschäftsführer geliehenes Geld verwendet hat, besondere Fürsorge zu treffen. Dieses Ergebniß scheint mir noch mehr als der theoretisch höchst bedenkliche Mangel

des Konsenses der Annahme entgegenzustehen, daß es sich im Thatbestande der c. 7 cit. um eine Darlehensklage des C handelt. Wenn man dem C, der das Geld an G geliehen hat, eine Klage auch gegen den Geschäftsherrn D gewähren will — wie das in c. 7 cit. geschieht und m. E. mit den Prinzipien des gemeinen Rechtes sehr wohl vereinbar ist —, so darf diese Klage nicht so gestaltet sein, daß sie in das Geschäftsführungsverhältniß zwischen D und G störend eingreift: D muß die Möglichkeit haben seinen Verpflichtungen aus der Geschäftsführung durch Leistung an G oder Verhandlung mit G zu genügen; denn G ist die einzige Person, deren Ansprüche aus der Geschäfsführung dem Geschäftsherrn D bekannt sind.

4. Ebenso unhaltbar wie die Mandry'sche Theorie scheint mir die von zahlreichen Autoren [12]) vertretene Ansicht, nach welcher in c. 7 cit. eine a. negot. gest. contraria des Gläubigers gegen den Geschäftsherrn statuirt wird. Daß der Gläubiger, welcher an G ein Darlehen gibt, nicht zugleich als Geschäftsführer des D, für den das Geld verwendet werden soll, eine a. negot. gest. contr. erwerben kann, hat Schloßmann [13]) in m. E. überzeugender Weise dargethan. Es gibt nur eine Alternative: entweder C will ein Geschäft des D führen, dann ist die zu diesem Zwecke erfolgende Hingabe des Geldes an G kein Darlehen [14]); oder er

[12]) Baron S. 40 fg. Zimmermann, stellvertretende Negot. Gestio. S. 317 fg. Huschke, Darlehn S. 74 fg. Brinz, Pandekten, Bd. 2, § 259, Note 22.

[13]) Jahrb. für Dogm., Bd. 28, S. 292 fg. Die Interpretation des bedenklichen fr. 30 pr. de neg. gest. 3,5 halte ich, in Ermangelung einer besseren, für die richtige. Auch die von Ruhstrat aufgefundene a. neg. gest. des dritten Kontrahenten (beruhend auf dessen Verzicht auf die Darlehensklage gegen seinen Mitkontrahenten) kann, wie mir scheint, den Ausführungen Schloßmann's gegenüber nicht Stand halten. Um so mehr muß man Ruhstrat Recht geben, wenn er, zu Gunsten seiner a. neg. gestorum, die Anwendbarkeit der gewöhnlichen Geschäftsführungsklage (oben Note 4) bekämpft.

[14]) fr. 5 § 3 de neg. gest. 3, 5; fr. 10, § 5 de in r. v. 15, 3; fr. 20 § 1 eod. vgl. auch Wendt, Jahrb. f. Dogm., Bd. 28, S. 15 fg. und oben S. 173 und 206. Pernice, Ztschr. d. Sav. Stiftg., Bd. 13, S. 260 findet die Schwierigkeit des fr. 5 § 3 cit. darin, daß dem Dritten, der das

will dem G ein Darlehen geben, dann kommt nicht weiter in Betracht, zu welchem Zwecke G das erhaltene Geld verwenden will, und ob dem C dieser Zweck bekannt ist oder nicht[15]).

Selbst wenn diese Bedenken der Annahme einer Kombination von Darlehen und Geschäftsführung nicht entgegenstünden, so würde diese Theorie m. E. an derselben Schwierigkeit scheitern, die ich gegen die Konstruktion von Mandry angeführt habe: der Geschäftsherr D würde aus derselben Verwendung doppelt verpflichtet sein, und zwar in der Weise, daß Leistung an den Geschäftsführer G ihn nicht von der a. negot. gest. des Darlehensgläubigers C befreien könnte. Da nun aber D nicht weiß und oft gar nicht wissen kann, daß sein Geschäftsführer sich das Geld durch ein Darlehen verschafft hat, so kann es leicht kommen, daß er an G leistet und nachträglich zu einer zweiten Zahlung an C herangezogen werden würde.

Die Gefährdung des Geschäftsherrn, welche sich aus der Annahme einer Darlehens- oder Geschäftsführungsklage ergibt und m. E. diese Annahme ausschließt, wird vermieden, wenn man in den Schlußworten der c. 7 cit. eine Ausdehnung der Versionsklage auf den Verkehr freier Personen erkennt. Nach dem, was wir oben § 16 gesehen haben, ist der Geschäftsherr dem Gläubiger gegenüber befugt, sine dolo malo an den liberationsberechtigten Geschäftsführer zu leisten; in diesem Falle erlischt zugleich mit dem Befreiungsanspruch auch die Versionsklage. Solange aber der Geschäftsführer noch zur Befreiung des G, d. h. zur Zahlung der Summe, die dieser dem C schuldet, verpflichtet

---

Geld gegeben hat, jegliche Klage, also auch die a mandati fehlen soll. Aber man darf wohl mit Schloßmann a. a. O. S. 303 annehmen, daß Ulpian richtige Verwendung des Geldes voraussetzte und nur die Frage beantworten wollte, wer zur Rückerstattung der verwendeten Summe verpflichtet sei.

[15]) Daß es sich wirklich um eine Alternative zwischen Kontraktsklage und a. neg. gest. contr. handelt, scheint mir schon aus den Worten des fr. 5 § 3 cit. 3, 5 hervorzugehen: potest dici superesse mihi adversus te negotiorum gestorum actionem, quia ex abundanti hanc stipulationem interposui. Also wäre die Geschäftsführungsklage nicht zulässig gewesen, wenn die Stipulationsklage gültig wäre.

ist, kann man dem C, ohne die Rechtslage des D im Geringsten zu verschlechtern, eine Klage gegen D gewähren. Darum glaube ich der in c. 7 cit. gegebenen Klage als eine auf den Liberationsregreß des Geschäftsführers begründete a. de in r. v. utilis auffassen zu müssen.

Aber dieser Auslegung sollen gewichtige Quellenzeugnisse entgegenstehen, namentlich zwei Konstitutionen desselben Kaisers Diokletian, von dem die c. 7 cit. erlassen ist[16]):

> c. 13 si certum petetur 4, 2: eum qui mutuam sumpsit pecuniam, licet in res alienas, creditore non contemplatione domini rerum eam fenori dante, principaliter obligatum obnoxium remanere oportet.

In dieser Stelle finde ich keinen Widerspruch gegen eine aus c. 7 cit. abgeleitete a. de in r. v. utilis: Der Gläubiger hat gewußt, daß das Darlehen zum Zwecke einer Führung von Geschäften des D aufgenommen wurde. Aber er hat diese Verwendung des Geldes nicht zum Bestandtheil seiner rechtsgeschäftlichen Verabredung mit dem Empfänger des Geldes G gemacht — sonst wäre er nicht Darlehensgläubiger des G, sondern Geschäftsführer des D geworden — vielmehr hat er sich nur mit G einlassen, nur ihm Kredit gewähren wollen. G hat nun das Geld in das Vermögen des D verwendet und möchte auf Grund dieser Thatsache seinen Gläubiger C auf den D, dem das Geld zu Gute gekommen ist, verweisen. Er wird vom Kaiser abschlägig beschieden: der procurator bleibt seinem Gläubiger verhaftet (sc. wenn auch die Geschäftsführung beendet ist). Genau dieselbe Antwort ertheilt Papinian in fr. 67 de procur. 3, 3[17]).

Im Reskript ist also nur entschieden, daß die Haftung des G fortdauert. Ob neben ihm auch der Geschäftsherr D dem Gläubiger C verpflichtet sei, kommt nicht zur Sprache, vermuthlich deshalb, weil der Gläubiger im gegebenen Falle sich nur an G halten wollte, weil etwa D insolvent oder unbelangbar war. Eine a. de in r. v. utilis gegen D ist somit durch c. 13 cit. nicht ausgeschlossen, freilich auch nicht bestätigt, wenn auch das

[16]) Schloßmann a. a. O. S. 334.

[17]) vgl. oben § 8, Note 13, S. 153.

Wort principaliter obligatum vielleicht in dem Sinne verstanden werden mag, daß damit eine neben der Haftung des G mögliche und aus dieser Haftung entstehende Verpflichtung des D angedeutet ist.

Bedenklicher für die Annahme einer a. de in r. v. utilis ist das zweite Reskript Diokletians, auf welches sich die Gegner unserer Klage berufen [18]):

c. 4 si tutor 2, 24 Diocletianus et Maximianus Isidoro: si creditor non vestram personam sed curatorum secutus cum ipsis contractum habuit et ab ipsis stipulatus est, nullam ei prorsus adversus vos actionem competere manifestum est.

[18]) Außer Schloßmann a. a. O. auch nach Zimmermann a. a. O. und Lenel, Arch. f. civil. Prax., Bd. 78, S. 354 fg. Lenel bestreitet die Existenz der Versionsklage nur für das diokletianische Recht und hält c. 7 cit. 4, 26 für interpolirt. Der § 2 (si vero hoc ... experiri possis) soll eingeschoben, die Schlußworte: nisi vel in rem eius pecunia processit vel hunc contractum ratum habuit sollen zugefügt sein. Die formellen Bedenken aus Stil und Fassung des § 2 scheinen mir in der That sehr erheblich zu sein. Auch inhaltlich ist § 2 nur eine Wiederholung dessen, was schon im princ. gesagt ist (vel distractus seu manumissus halte ich jedenfalls für ein Emblem), allein eine solche Weitschweifigkeit ist doch auch in einem Reskript Diokletians nicht ganz unmöglich. Aber selbst wenn § 2 interpolirt ist, so können doch die Schlußworte des § 3 echt sein. Lenel meint, wenn diese Worte echt wären, so würde der mit alioquin beginnende § 3 gar keinen Gegensatz zu dem enthalten, was für den Vertrag des Sklaven gilt. „Sollten es die Kaiser wirklich der Mühe werth gefunden haben, auf diese Weise zu betonen, daß, wenn Jemand, bei dem ein Pekulium undenkbar ist, contrahirt, auch die actio de peculio ausgeschlossen ist?" Auch hier möchte ich an ein diokletianisches Reskript und namentlich an das Rechtsverständniß der anfragenden Partei keine zu hohen Anforderungen stellen. Machte es doch für den Kläger einen großen Unterschied aus, ob er gegen den dominus negotii, wenn keine Genehmigung oder Version vorlag, überhaupt nicht, oder wenigstens de peculio klagen konnte. Allerdings ist es selbstverständlich, daß aus dem Vertrage eines liber homo keine Pekuliarklage entstehen kann, aber vielleicht war es unter den Parteien streitig, ob der Prokurator zur Zeit des Vertragsschlusses schon ein freier Mann oder noch Sklave des dominus gewesen war, so daß sich der Kaiser veranlaßt sehen konnte, für beide Fälle die Entscheidung anzugeben. Waren doch die procuratores häufig Freigelassene.

Wie könnte — sagt man — der Kaiser eine Klage gegen den Geschäftsherrn so energisch in Abrede stellen, ohne der Möglichkeit einer Version zu gedenken, wenn er eine Klage aus diesem Thatbestande für zulässig hielte. Grimm a. a. O. S 127 meint, das Reskript gehe deswegen auf die Versionsklage nicht ein, weil der anfragende Kurand kein Interesse gehabt habe, sich nach der Möglichkeit eines solchen Anspruches zu erkundigen. Ich kann dieser Erklärung nicht beistimmen; zu antworten: nullam prorsus actionem competere und dabei die so nahe liegende Möglichkeit der Version mit Stillschweigen zu übergehen, scheint mir eine Mentalreservation zu enthalten, die man einem einigermaßen gewissenhaften Respondenten nicht zutrauen kann. Trotzdem halte ich die Entscheidung der c. 4 cit. für vereinbar mit der in c. 7 cit. anerkannten Versionsklage. Wir haben es mit einer Antwort zu thun; die Frage mit dem in ihr dargelegten Thatbestande ist uns nicht überliefert, dagegen findet sich im Kodex ein zweites Stück desselben Reskriptes, aus welchem wir uns, wie ich glaube, ein deutlicheres Bild der Sachlage machen können.

c. 4 de in int. rest. min. 2, 21. Diocletianus et Maximianus Isidoro: si minorem te viginti quinque anuis fuisse, cum contraheres, ostenderis, et tempora restitutionis praestituta excessisse ab adversario tuo comprobatum non fuerit, praeses provinciae in integrum restitutionis dare tibi auxilium debeat.

Aus der Zusammenstellung beider Reskripte ergibt sich folgendes: es ist ein Darlehen gegeben worden, ob an den unter Kuratel stehenden Isidorus oder an seinem Kurator, ist zweifelhaft, man denke daran, daß beide bei der Verhandlung anwesend waren. Der Kurand fürchtet, daß er auf Rückzahlung dieses Darlehens belangt werden könne und wendet sich um Rechtsbelehrung an den Kaiser; die Antwort berücksichtigt beide Fälle: entweder der Vertrag ist mit dem minor abgeschlossen, dann soll er restituirt werden, vorausgesetzt, daß er die Frist nicht versäumt hat; die übrigen Erfordernisse der Restitution werden nicht erwähnt. Soll man nicht daraus schließen dürfen, daß diese Erfordernisse unbestrittener Maßen vorlagen oder wenigstens, daß

der Anfragende ihr Vorliegen behauptet hatte? Das Geld ist also, wie ich glaube, dem minor nicht zu Gute gekommen, sondern vom Kurator zu eigenen Zwecken oder jedenfalls nicht zu Nutzen des minor verwendet worden; wäre das nicht der Fall, so hätte ja der minor keine Veranlassung, Restitution zu begehren. Aus diesem Thatbestand erklärt sich m. E. die kategorische Antwort für den zweiten Fall: war der Kurator Kontrahent, so hat der Gläubiger gegen den Kuranden überhaupt keine Klage: weder aus dem Vertrage, noch auch aus einer Version, denn es fehlt an dem zur Begründung der a. de in r. v. utilis erforderlichen Liberationsregreß des geschäftsführenden Kurators.

So wäre denn die Versionsklage der c. 7 cit. gegen die Angriffe auf Grund der vermeintlich widersprechenden c. 13 C. 4, 2 und c. 4 C. 2, 24 gesichert. Trotzdem würde ich es für gewagt halten, eine so bedeutsame rechtliche Thatsache, wie die Uebertragung einer Klage aus dem Sklavenrecht in den Verkehr freier Personen, auf die Schlußworte eines diokletianischen Reskriptes zu stützen, wenn es an sonstigen Anhaltspunkten für die Annahme einer auf die Anerkennung der a. de in r. v. utilis abzielenden Entwicklung fehlte. Das ist jedoch keineswegs der Fall, vielmehr lassen sich noch andere Quellenstellen anführen, in welchen dem Gläubiger gegen die Person geholfen wird, welche seinem Mitkontrahenten regreßpflichtig ist. Hierher gehört vor Allem:

fr. 82 pro socio 17, 2 (Papinianus): iure societatis per socium aere alieno socius non obligatur, nisi in communem arcam pecuniae versae sunt.

Allerdings wird diese Stelle von manchen Autoren so interpretirt, daß sie jeden Zusammenhang mit unserer Frage verliert[19]): Papinian soll nur vom inneren Verhältniß zwischen den Gesellschaftern sprechen und bestimmen, daß ein socius, der ein Darlehen im Interesse der Gesellschaft erhoben hat, nur dann Regreß gegen seinen Genossen erheben kann, wenn er das Geld in die

[19]) Zimmermann a. a. O. S. 334, Schloßmann a. a. O. S. 354. Lenel a. a. O. S. 354. Für a. de in rem verso utilis gegen den Socius Windscheid, Pandekten § 407, Note 8 und Dernburg, Pandekten, Bd. 2, § 127, Note 3.

Kasse der Gesellschaft eingezahlt, oder, wie wir hinzudenken dürfen, im Interesse der Gesellschaft verwendet hat. Unmöglich ist diese Auslegung nicht, obgleich es wohl bei dieser Bedeutung eher heißen müßte socio obligatur und nicht: per socium obligatur, und man müßte den Ausspruch Papinians in diesem Sinne verstehen, wenn es keinen anderen Ausweg gäbe. Da nun aber in c. 7 cit. 4, 26 eine Klage des Gläubigers über den Kopf der Zwischenperson gegen den Geschäftsherrn gegeben wird, so liegt es m. E. viel näher, denselben Rechtsgedanken auch in fr. 82 cit. dem Papinian zuzutrauen, um so mehr, als wir wissen, daß Papinian auch sonst bemüht war, einen obligatorischen Zusammenhang zwischen dem Gläubiger und dem Geschäftsherrn herzustellen, der das frühere Recht nicht kannte. Wenn Papinian es für billig hält, den Geschäftsherrn aus einem an den Geschäftsführer ertheilten Auftrag dem Gläubiger mit der a. quasi institoria haften zu lassen, und zwar ohne Rücksicht darauf, ob der Geschäftsführer seine Pflichten bis zu Ende erfüllt hat[20]), so konnte er leicht zu der Ueberzeugung kommen, daß auch bei fehlendem Auftrag dem Gläubiger wenigstens soweit zu helfen sei, als der Geschäftsherr aus dem Vertrage Nutzen gezogen hat und dem Geschäftsführer regreßpflichtig ist.

In demselben Sinne, wie fr. 82 cit., möchte ich fr. 27 de rebus cred. 12, 1 verstehen:

> civitas mutui datione obligari postet, si ad utilitatem eius pecuniae versae sunt: alioquin ipsi soli qui contraxerunt, non civitas, tenebuntur (Ulpianus).

Die Verwalter des Gemeindevermögens kontrahirten als „indirekte Stellvertreter“[21]). Wenn sie ein Darlehen in Gemeinde-

[20]) fr. 30 pr. de neg. gest. 3, 5 verb.: etiam si pecunia non sit in rem eius versa.

[21]) Dernburg, Pandekten, Bd. 1, § 66, Note 4. Windscheid, Pandekten, § 370, Note 16 scheint in fr. 27 cit. eine Vorschrift zu sehen, durch welche die (direkte) Stellvertretung von Gemeinden bei Aufnahme von Darlehen beschränkt wird. Das dürfte sowohl für das römische als für das heutige Recht unrichtig sein: denn nach ersterem kontrahirt der Verwalter als Ersatzmann und verpflichtet jedenfalls sich selbst, und nur ausnahmsweise (bei hinzutretender Version) auch die Gemeinde; nach moder-

angelegenheiten aufnehmen, so machten sie sich, wie aus der Stelle (ipsi soli . . . tenebuntur) hervorgeht, jedenfalls selbst zu Schuldnern. Daneben soll die Gemeinde haften, soweit das Geld in ihren Nutzen verwendet worden. Auch diesen Anspruch hält Mandry (II S. 333f.) für eine aus den Grundsätzen des Darlehens zu erklärende condictio mutui. Demnach hätte der Gläubiger an der Gemeinde und ihrem Vertreter zwei Korreal- oder Solidarschuldner, von denen freilich der eine nicht immer für den vollen Betrag des Darlehens haften würde. Da die Gemeinde ex mutuo haftet, so könnte sie auch nur an den Darlehensgläubiger mit befreiender Wirkung zahlen. Diese Konsequenz wird vermieden, wenn man annimmt, daß die Haftung der Gemeinde auf dem Liberationsregreß ihres Vertreters beruht.

Ein strikter Beweis für diese Auffassung läßt sich allerdings aus dem Fragmente nicht führen, allein die allgemeine Tendenz des römischen Rechtes geht ja auf möglichste Sicherung der Gemeinden gegen Schädigung durch ihre Vertreter. Nun wäre aber der Gemeinde wenig geholfen, wenn ihre Haftung nur auf den Betrag eingeschränkt wäre, welcher ihr aus dem Darlehen einmal zugekommen ist. Sie könnte immer noch zu Schaden kommen, wenn sie dem persönlich für das Darlehen haftenden Vertreter Deckung gewährt, und der Vertreter unterläßt, das ihm anvertraute Geld zur Befriedigung des Gläubigers zu verwenden. Daher halte ich es für wahrscheinlich, daß die Haftung der Gemeinde im Sinne Ulpians nur so lange dauerte, als der Vertreter liberationsberechtigt war, daß sie also den Grundsätzen der in rem versio entsprach [22]).

---

nem Recht wird dagegen die Gemeinde, wenn ihr Vertreter innerhalb seiner Vollmacht gehandelt hat, allein dem Gläubiger haftbar und zwar ohne Rücksicht auf die Verwendung des Geldes. Vgl. auch Pernice, Labeo Bd. 1, S. 287 fg.

[22]) Nach Niederlegung seines Amtes konnte allerdings der Gemeindeverwalter den Gläubiger auf die Klage gegen die Gemeinde verweisen (während der gewöhnliche procurator auch finito officio haftbar blieb, vgl. oben Note 17). fr. 5 § 1 de admin. rerum. 50, 8 (Papinianus l. primo resp.): in eum qui administrationis tempore creditoribus rei publicae novatione facta pecuniam cavit, post depositum officium actionem denegari non oportet. diversa

Der Gedanke der Version findet sich möglicherweise auch in zwei Reskripten des Kaisers Gordian anerkannt:

c. 3 quando ex facto 5, 39: si in rem minoris pecunia profecta sit, quae curatori vel tutori eius nomine mutuo data est, merito personalis in eundem minorem actio danda est.

c. 2 § 1 de cur. fur. 5, 70: si igitur citra decretum praesidis fundus mente capti etiam ab agnato eius tibi pignori nexus est, vinculum pignoris in eo non consistit, utilem tamen adversus eum personalem actionem, si ob eius utilitatem pecunia mutua accepta est, poteris habere.

Es handelt sich in diesen Stellen nicht um die utilis actio, welche post finitiam administrationem vom tutor oder curator auf den ehemaligen Mündel übertragen wird[23]). Denn diese Uebertragung betraf nur die a. iudicati und die übrigen Prozeßverpflichtungen, welchen der Vormund kraft seiner Defensionspflicht sich hatte aussetzen müssen[24]). Wenn er dagegen ein Dar-

causa est eius, qui solvi constituit: similis etenim videtur ei, qui publice vendidit aut locavit. Zum ersten Satz der Stelle vgl. die richtige Erklärung von Cujacius t. IV. p. 869. Was die denegatio actionum aus Verkauf und Vermiethung anbetrifft, so glaube ich, was allerdings in der Stelle nicht ausgesprochen ist, daß sie nur dann und soweit erfolgte, wann und wie weit der Verwalter regreßberechtigt war. Wenigstens vertritt Papinian in fr. 4 § 1 de evict. 21, 2 (libro tertio repons.) diese Ansicht für den Fall, daß ein Vormund eine Sache seines Mündels verkauft hat.

[23]) Windscheid, Pandekten, § 442, Note 2 und die dort Citirten, Rudorff, Vormundschaft, Bd. 2, S. 334 fg. Daß der Vormund schon während der Dauer der Vormundschaft nur bis zum Belange des Mündelvermögens belangt werden konnte, wird unter den Neueren von Windscheid und Zimmermann, stellvertr. neg. gest. S. 116, angenommen, und zwar auf Grund des sicher interpolirten (vgl. Gradenwitz, Interpolationen, S. 52 fg.) fr. 43 § 1 de adm tut. 26, 7. Diese Beschränkung hat im klassischen Rechte gewiß nicht bestanden, für das justinianische Recht darf man sie m. E. nur da zur Anwendung bringen, wo sie vorgeschrieben ist, nämlich beim Dotalversprechen. Liegt eine andere causa debendi vor, so würde der Schutz des Vormundes zu einer vom Standpunkt des römischen Rechtes nicht zu rechtfertigenden Benachtheiligung des Gläubigers führen.

[24]) fr. 2 de adm. tut. 26, 7, fr. 5 pr. fr. 6—8 quando ex facto 26, 9,

lehen aufnahm, oder ein anderes neues Rechtsgeschäft, wenn auch im Interesse des Mündels, einging, so blieb er selbst haftbar[25]). In unseren beiden Stellen muß man die fortdauernde Haftung des Kurator um so mehr annehmen, als ja die personalis actio davon abhängt, daß und wieweit das Geld dem Mündel zu Gute gekommen ist; für den Ueberrest kann sich der Gläubiger nur an den Kurator halten. Wenn aber der Kurator Schuldner bleibt, so kann die personalis actio nicht die Darlehensklage, sondern muß eine zweite Klage sein, welche dem Gläubiger aus der Thatsache der Version erwächst (und ihm m. E. nur solange zustehen kann, als der Mündel nicht an den Kurator gezahlt hat). In diesem Sinne entscheidet auch Papinian in fr. 4 § 1 de evict. 21, 2:

---

c. 1 C. eod. 5, 39, fr. 4 § 1 de re iud. 42, 1, fr. 15 si quis caut. 2, 11 Erst Justinian hat in c. 26 de adm. tut. 5, 37 den allgemeinen Grundsatz aufgestellt, daß die Handlungen des Vormundes in der Erfüllung seines officium zu keiner Schädigung seines Vermögens führen dürfen. Ueber das alte Recht sagt Justinian in c. 26 § 3 cit: invenimus autem generaliter definitum post officium depositum omnes actiones quas tutor vel curator ex necessitate officii subierit, in quondam pupillum vel adultum transferri.

[25]) fr. 39 § 4 de adm. tut. 26, 7 (Papinianus): adversus tutorem qui pupillum hereditate patris abstinuit, actionem denegari non oportet creditori, qui cum ipso tutore contraxit, quamvis tutor pecuniam in rem impuberis verteret. fr. 5 § 1 quando ex facto 26, 9 (Papinianus): tutor qui pecuniam se soluturum cavit, quam pater pupilli condemnatus fuerat, actionem post tutelam finitam recte recusat. non idem in eo placuit, qui suo nomine mutuam pecuniam accepit et iudicatum pro pupillo fecit, nisi forte creditor ideo contraxit, ut in causam iudicati pecunia transiret. (Den Schlußsatz nisi forte etc. erkläre ich mir wie Schloßmann a. a. O. S. 304 von einer negot. gest. des Dritten für den Mündel, wobei der Vormund als Beauftragter des Dritten handelt, vgl. ob. Note 14.) Ebenso entscheidet Paulus in fr. 43 § 1 de admin. tut. 26, 7, obwohl der curator sich anerkanntermaßen verpflichtet hat non ut de suo daret, sed cum crederet rationem pupillarem sufficere. Es kommt also für die Haftung des Vormundes m. E. nicht darauf an, ob er den Zweck seines Kontrahirens kundgethan hatte oder nicht; wollte er seine eigene Haftung vermeiden, so mußte er den Mündel selbst oder einen Sklaven desselben (cf. fr. 20 § 1 h. t. 15, 3) handeln lassen.

si impuberis nomine tutor vendiderit, evictione secuta Papinianus libro tertio responsorum ait dari in eum cuius tutela gesta sit utilem actionem, sed adicit in id demum, quod rationibus eius accepto latum est.

Der Mündel haftet alſo, neben dem Vormund, ſoweit ihm das Kaufgeld zugekommen, d. h. ſoweit er noch dem Vormund regreßpflichtig iſt[26]).

Endlich läßt ſich eine der Verſionsklage analoge Einrede nachweiſen in c. 1 si aliena res 8, 15:

Severus et Antoninus: procurator citra domini voluntatem domum pignori frustra dedit. si tamen pecuniam creditoris in rem domini versam constabit, non inutilis erit exceptio dumtaxat quod numeratum est exsolvi desideranti.

Vgl. auch c. 19 de procur. 2, 12:

Diocletianus et Maximianus: si pretium [quod]

---

[26]) Ulpian hält in dieſem Falle, bei Inſolvenz des Vormundes, eine abſolute Haftung des Mündels für billig. Er bemerkt zum Ausſpruch Papinians: sed an in totum, si tutor solvendo non sit, videamus. quod magis puto: neque enim male contrahitur cum tutoribus. Wie kommt es, daß bei der Eviktionshaftung dieſe Annäherung an das moderne Prinzip der direkten Stellvertretung erfolgt iſt, während noch Gordian den Mündel aus einem Darlehen nur bis zum Betrag des verwendeten Geldes (wie ich glaube, nach den Grundſätzen der a. de in. r. v.) haften läßt? Die Erklärung liegt vielleicht in den letzten Worten Ulpians: will der Dritte eine Geldſumme zu Angelegenheiten des Mündels kreditiren, ſo kann er, wenn er ganz ſicher gehen will, ſelbſt als Geſchäftsführer auftreten und damit die Sorge für die richtige Verwendung des Geldes übernehmen (vgl. oben § 9, Note 8). Scheut der Dritte dieſe Mühe und verläßt er ſich ganz auf den Vormund, ſo muß er neben der Darlehensklage gegen dieſen mit der immerhin unſicheren Ausſicht auf eine Verſionsklage (c. 3 c. 5, 39) vorlieb nehmen. Anders verhält es ſich, wenn der Dritte ſein Geld nur gegen eine Sache des Mündels hergeben, d. h. die Sache dem Mündel abkaufen will. Dies Reſultat kann er nicht als neg. gestor. des Mündels erreichen, er kann ein Rechtsgeſchäft mit Betheiligung des Vormundes nicht vermeiden. Ob nun dabei der Vormund den impubes beizog, in welchem Fall der Mündel abſolut gehaftet hätte, oder an ſeiner Stelle handelte, konnte Ulpian wohl mit Recht für eine blos formelle Differenz erklären. In dieſem Sinne verſtehe ich die Worte: neque enim male contrahitur cum tutoribus.

actoribus alienis fundum vel servum citra mandatum distrahentibus dedisti et neque praecessisse neque secuta contractum domini declaretur voluntas, in rem autem eius id pretium cessisse provinciae praeses causa cognita perspexerit, hoc tibi restitui inhebit[27]).

In beiden Stellen ist zwar nicht gesagt, daß der Eigenthümer nur dann haften solle, wenn er die vertirte Summe noch nicht an den procurator ausgezahlt hat. Doch glaube ich diese Maßgabe subintelligiren zu dürfen, weil sonst das ex aequitate gewährte Retentionsrecht über seinen Grund und Zweck (Rückerstattung der Bereicherung des Eigenthümers) hinausgehen würde. Einen Anhaltspunkt in dieser Richtung gewährt auch fr. 7 § 2 ad Sc. Maced. 14, 6:

sed et si filius familias . . . dotem pro filia promiserit et rem patris pignori dederit, senatus consultum cessabit. patris tamen res non tenebitur.

Ulpian erwähnt hier die Retentionseinrede des Gläubigers nicht; vielleicht hält er sie für überflüssig, weil ja der Vater actione de in rem verso haftet.

So enthalten die Quellen für die Uebertragung der auf den Befreiungsregreß des Vertreters gestützten Versionsklage auf den Verkehr inter liberas personas kein Hinderniß, wohl aber eine Reihe von Anhaltspunkten[27a]). Allerdings fehlt es wie an einem

[27]) Grimm a. a. O. S. 140 findet in dieser Stelle eine actio de in r. v. utilis anerkannt. Ich denke mir die Rechtslage so, daß der Eigenthümer die zu Unrecht veräußerten Sachen (im Verfahren extra ordinem) vindicirt und der Käufer einredeweise seinen Anspruch aus der Version geltend macht.

[27a]) Eine Entscheidung Ulpians, welche auf einem der Versionsklage verwandten Gedanken beruht, findet sich in fr. 7 § 8 de d. m. 4, 3: servus pactionis pro libertate reum domino dedit ea condicione, ut post libertatem transferatur in eum obligatio. manumissus non patitur in se obligationem transferri . . expromissori adversus manumissum dari debedit de dolo. aut si non sit solvendo expromissor, domino dabitur. Der Herr bekommt eine auf dem Liberationsregreß des Schuldübernehmers beruhende a. doli, freilich nur bei Insolvenz des Expromittenten, und damit einen Vorzug vor den übrigen Gläubigern desselben; vgl. die a. de in r. v. aus expromissio filii oben S. 143.

technischen Namen, so auch an einer prinzipiellen Aeußerung über die Zulässigkeit dieses Rechtsmittels, aber nicht viel besser steht es ja mit der ebenfalls gegen Ende der klassischen Zeit aufkommenden a. quasi institoria. Bei diesem Stand der Quellen dürfte es schwer sein zu entscheiden, ob die Kompilatoren sich bewußt waren, daß den einzelnen Aussprüchen von Juristen und Kaisern, welche dem Gläubiger ein vom Befreiungsanspruch des Vertreters abhängiges Recht gegen den Vertretenen verliehen, ein allgemeiner Rechtsgedanken zu Grunde liegt; jedenfalls haben sie es unterlassen, diesem in der Entwicklung begriffenen Prinzip zum Durchbruch zu verhelfen.

III. Die Erfordernisse der Versionsklage.

Das gemeine Recht hat hier, wie so oft, an das im Flusse erstarrte justinianeische Recht angeknüpft und die unterbrochene Fortbildung des Rechtes wieder in Gang gebracht. Daß man dabei vorübergehend zu einer alles vernünftige Maß überschreitenden Ausdehnung der Versionsklage gelangte, habe ich bereits erwähnt (S. 294) und dabei dargelegt, daß die m. E. historisch und dogmatisch richtige Basirung der Versionsklage auf einen Liberationsanspruch des Vertreters zu einem befriedigenden Resultat in Bezug auf das Anwendungsgebiet der a. de in r. v. utilis führt.

Erklärt man aber die Versionsklage aus dem Befreiungsanspruch des Vertreters, welcher vermöge seines Inhaltes, auch ohne daß eine solche Klage anerkannt wäre, dem Gläubiger auf dem Wege der Reflexwirkung zu Gute kommen müßte, so ergibt sich die Bedeutungslosigkeit eines Erfordernisses dieser Klage, welches von maßgebender Seite aufgestellt worden ist, um der a. de in r. v. utilis im Interesse der systematischen Ordnung des Rechtes Schranken zu setzen: Ihering und Windscheid verlangen, daß der Vertreter beim Vertragsschluß als Geschäftsführer auftrete[28]).

[28]) Ihering, Jahrb. f. Dogm. Bd. 1, S. 339 fg., Windscheid, Pandekten, § 483, Note 5, merkwürdiger Weise auch Witte a. a. O. S. 266, welcher auf S. 270 fg. für die Versionsklage des Sklavenrechts die m. E. richtige Ansicht verficht. O.-L.-G. Rostock (Seuffert's Arch., Bd. 42, Nr. 13) und O.-L.-G. Hamburg (Seuffert's Arch., Bd. 43, Nr. 18.)

Aus den Quellen läßt sich dieses Erforderniß zugestandenermaßen nicht begründen, weder für die Versionsklage des Sklavenrechtes, noch für die a. de in r. v. utilis. Aber Jhering sowohl wie Windscheid lassen sich durch die Analogie der a. institoria resp. quasi institoria bestimmen: wenn schon der Auftrag nur dann eine obligatorische Beziehung zum Dritten begründete, wenn er beim Vertragsschluß demselben mitgetheilt war, so müsse das noch viel mehr von dem Verhältniß der negotiorum gestio gelten. Nun ist bekanntlich die Prämisse dieses Schlusses a maiori ad minus in neuerer Zeit lebhaft und mit sehr beachtlichen Gründen bestritten worden[29]); aber ich möchte, ohne auf diese Kontroverse einzugehen, die Zulässigkeit der Schlußfolgerung bestreiten; es wird m. E. bei dieser Argumentation der grundlegende Unterschied übersehen, welcher in der Struktur der a. institoria und a. de in r. v. vorliegt[30]): die institorische Klage entsteht mit dem Vertragsschlusse selbst und begründet zwischen dem Geschäftsherrn und dem Gläubiger eine direkte Beziehung, bei welcher die Person des institor gar nicht mehr in Betracht kommt. Die Versionsklage dagegen ergibt sich aus dem zwischen dem Geschäftsherrn D und dem Geschäftsführer G bestehenden Verhältniß: weil und soweit D verpflichtet ist, dem G die Schuld abzunehmen, und weil dieser Liberationsanspruch des G normaler Weise dem C zu Gute kommt, darum erhält C ein von dem Gutdünken des G unabhängiges Recht, den Regreß desselben gegen D zu eigenem Vortheil auszuüben. Nun ist aber das Verhältniß zwischen G und D das gleiche, ob nun G dem Gläubiger beim Vertragsschlusse mitgetheilt hat, daß er im Interesse des D handle, oder ob er in latenter Weise für D intercedirt ist. Daher darf dem C im letzteren Falle die Versionsklage nicht verweigert werden, wenn sich, auch ohne sein Wissen, im Vermögen des G ein aus seinem Vertragsschluß mit C hervorgegangener Befreiungsanspruch vorfindet. Denn D ist durch seine Liberationsverpflichtung zu einer Zahlung an C dem G gegenüber berechtigt und verpflichtet, und die Ver-

[29]) Schloßmann, das Kontrahiren mit offener Vollmacht.
[30]) Vgl. oben § 15, S. 224.

sionsklage hat nur den Effekt, daß diese Reflexwirkung zu einem Recht des C erstarkt.

So ist es denn m. E. für die Entstehung der Versionsklage gleichgültig, ob der Gläubiger vom Gestionsverhältniß Kenntniß hat oder nicht[31]). Dagegen müssen alle Voraussetzungen vorliegen, von denen es abhängt, daß G einen Regreß gegen D hat und daß der Regreß Liberation und nicht Erstattung zum Inhalt hat:

1. G muß vor Allem Geschäftsführer (z. B. Mandatar oder negotiorum gestor) des D sein, d. h. das Rechtsgeschäft mit C auf Rechnung des D abschließen[32]). Kontrahirt er auf eigene Rechnung, wenn auch mit der schon vorhandenen Absicht, die angeschafften Werthe an den D weiterzuveräußern oder zur Erfüllung einer schon bestehenden Verpflichtung (z. B. als Verkäufer) in das Vermögen des D zu bringen, so hat C auf das Forderungsrecht, welches G durch seine Leistung gegen D erwirbt, nicht mehr Anspruch, als jeder andere Gläubiger des G. Diese Forderungsrechte wären, wenn G Sklave des D wäre, gewöhnliche peculiaria nomina, sie sind im Vermögen des freien Vertreters G gewöhnliche Aktiva. Soll C an diesen Forderungen ein Privileg haben, weil sie durch Zu- oder Verwendung von Werthen entstanden sind, welche ehemals ihm angehörten, — und das kann u. U. ein Gebot der Billigkeit sein — so bedarf es dazu einer besonderen An-

---

[31]) So Ruhstrat a. a. O., Bd. 4, S. 218 fg.; Wächter, Pandekten, Bd. 2, S. 457; Dernburg, Pandekten, Bd. 2, § 14; Wendt, Pandekten, S. 446. Ebenso O.-A.-G. Berlin in Seuffert's Archiv, Bd. 29, Nr. 29.

[32]) Im Resultate stimme ich dem Ausspruch von Dernburg bei, Pand. Bd. 2, § 14 a. E.: „Es ist nöthig, daß der Versionsbeklagte das Produkt des Geschäftes erlangte, ohne daß er dasselbe von der Zwischenperson durch ein besonderes Geschäft erwarb". Dagegen scheint mir die Begründung dieses Satzes: „nur unter dieser Voraussetzung ist der Versionsbeklagte aus dem Geschäfte des Versionsklägers bereichert" nicht erschöpfend zu sein. Was bei der Zulassung der Versionsklage am meisten der Rechtfertigung bedarf, ist doch das Vorrecht des Versionsklägers vor den übrigen Gläubigern der Zwischenperson; dieser Vorzug erklärt sich aber, wie mir scheint, nur aus der Natur des Liberationsregresses.

ordnung des Geſetzes[33]). Aus allgemeinen Grundſätzen läßt ſich eine ſolche Bevorzugung des C nur da begründen, wo eine auf ſeinen Anſpruch abzielende Liberationsforderung vorliegt[34]).

[33]) Eine ſolche Vorſchrift, zu Gunſten der Bauarbeiter enthält C. c. art. 1798: Les maçons, charpentiers et autres ouvriers, qui ont été employés à la construction d'un bâtiment ou d'autres ouvrages faits à l'entreprise, n'ont d'action contre celui, pour lequel les ouvrages ont été faits, que jusqu'à concurrence de ce dont il se trouve débiteur envers l'entrepreneur au moment où leur action est intentée.

[34]) Zum entgegengeſetzten Reſultat gelangt Kohler, Jahrb. f. Dogm. Bd. 25 S. 81 fg., welcher (neben der a. de in r. v. utilis, die er (S. 128) erwähnt, ohne ſie näher zu beſprechen) dem C über den Kopf ſeines Mitkontrahenten G hinweg eine a. neg. gest. contr. gewährt. Dieſe Klage iſt, abgeſehen von ihrem Namen, m. E. nichts Anderes als die Verſionsklage in ihrem übermäßigen, heute allgemein reprobirten Umfange. Der Rechtsfall, mit welchem Kohler argumentirt, iſt folgender: „Ein Architekt ſtellt Arbeiter an; dieſelben arbeiten: ſie arbeiten im Lohne des Architekten, aber zugleich im Intereſſe des Bauherrn . . . Hat der Architekt den Bau auf ſeine Koſten übernommen, ſo hat er zugleich das Intereſſe des Dominus auf ſich genommen. Daher iſt die actio neg. gest. ausgeſchloſſen; ſie iſt wenigſtens ausgeſchloſſen, ſofern der Dominus den Akkordanten vollſtändig befriedigt hat. Sofern er ihn noch nicht befriedigt hat, bleibt ein Intereſſe des Dominus in Bezug auf die Reſtſumme übrig: bezüglich der Reſtſumme iſt er an der Bauarbeit betheiligt . . . bis zu dieſem Betrag iſt die actio negot. gestorum ſtatthaft . . . Dieſes hat die Wirkung, daß die Arbeiter durch Erhebung der a. neg. gest. den Dominus hindern, an den Akkordanten zu bezahlen . . . Daher wirkt die a. neg. gest. gleich einem Arreſte, ſie wirkt ſo, ohne ſelbſt Arreſt zu ſein, ſie wirkt auch gleich einem Privilegium, ohne ſelbſt ein Privilegium zu ſein; denn der Dominus hat jetzt an die Arbeiter zu bezahlen, auch wenn die Akkordſumme etwa von den Gläubigern des Akkordanten mit Beſchlag belegt wäre, auch wenn der Akkordant in Konkurs fiele: ein höchſt gerechtes Reſultat u. ſ. w." Ich glaube, man kann dieſe ganze Ausführung als Befürwortung einer geſetzlichen Beſtimmung zu Gunſten der Bauarbeiter für zutreffend halten, im geltenden gemeinen Recht dagegen dürfte es den Arbeitern kaum gelingen, die Akkordſumme aus dem Konkurſe des Bauunternehmers an ſich zu ziehen. Vgl. auch Dernburg, Preuß. Privatrecht, Bd. 2, § 253, Note 10. Uebrigens verlangt Kohler (S. 87) ſelbſt, für ſeine a. neg. gest., „daß die Intention des Thäters (C) auf das Intereſſe des Dritten (D) mit gerichtet ſei". Wie nun, wenn die Bauarbeiter nicht wiſſen, ob der Unternehmer das Haus für ſich oder in Akkord baut? und welchen Grad der Kenntniß ſollen wir für genügend halten? Der Bauunternehmer hat z. B. bei Beginn des

2. Zur Entstehung einer Versionsklage ist ferner erforderlich, daß G den animus negotia gerendi schon zur Zeit des Vertragsabschlusses gehabt habe[35]). Hat er dagegen die betreffenden Werthe zunächst für sich selbst angeschafft und entschließt er sich später mutato consilio zu ihrer Verwendung für D, so liegt nicht Interception, sondern Erogation vor, und es entsteht ein Regreß auf Erstattung, der als obligatio dandi in keinem funktionellen Zusammenhang mit der Forderung des C steht und daher nicht als Grundlage einer Versionsklage dienen kann.

Dagegen ist es bei anfänglichem an. negotia gerendi für das Entstehen der Versionsklage gleichgültig, ob die angeschafften Werthe direkt oder durch das Vermögen des Geschäftsführers hindurch dem Geschäftsherrn zugekommen sind. Auch ist die Versionsklage begründet, wenn die utiliter in Angriff genommene Verwendung ohne Schuld des Geschäftsführers vereitelt wird.

3. Die Versionsklage ist ausgeschlossen, wenn G bei der Interception den anfänglichen animus donandi hatte; denn dann ist ein Regreß überhaupt nicht entstanden und auf diesen allein gründet sich ja die Klage des Versionsgläubigers. Fraglich kann es sein, ob man die Entscheidung, welche Ulpian in fr. 7 § 1 h. t. 15, 3 in Bezug auf einen nach Abschluß des Geschäftes aber vor Vornahme der Verwendung gefaßten animus donandi trifft[36]), auf die a. de in r. v. utilis übertragen darf. Steht doch der freie Vertreter dem Vertretenen ungleich selbstständiger gegenüber,

Baues mit D verhandelt und schließlich das fertigzustellende Haus gegen eine bestimmte Summe an Z verkauft. Wie steht es endlich mit der Anwendung der a. neg. gest. im Sinne Kohler's auf andere Fälle? denn sie soll ja kein ius singulare der Bauarbeiter sein. Z. B.: der Fabrikant C übernimmt eine Lieferung an G und weiß, daß dieser die herzustellenden Gegenstände schon an D verkauft hat. Kann C, wenn ihn G nicht bezahlt, der Konkursmasse des G das entziehen, was ihr D noch schuldet, oder würde nicht vielmehr eine a. neg. gest., welche zu diesem Resultate führt, eine gründliche Zerrüttung des Konkursrechtes bedeuten?

[35]) So auch Dernburg, Pandekten 2, § 14 a. E. für die a. de in r. v. utilis, während er bei der Versionsklage des Pekuliarrechtes den anfänglichen an. neg. gerendi nicht für erforderlich hält, vgl. oben § 11, Note 13.

[36]) Vgl. oben § 12, S. 198 fg.

als der Sklave seinem Herrn, so daß eine Kollusion zum Nachtheil des Gläubigers weniger zu befürchten ist. Es kommt hinzu, daß ein Verzicht auf den Erwerb des Regresses den freien Geschäftsführer, dessen Vermögen dem Gläubiger haftet, empfindlicher schädigt als den Sklaven, für den ja das Pekulium doch nur ein quasi patrimonium ist; dem Verzichte steht daher in der Person des freien Vertreters ein gewichtiges Motiv entgegen, welches in der Regel ausreichen wird, einen solchen Verzicht zu verhindern, wenn die Geschäftsführung nicht schon von vorn herein animo donandi unternommen war. Endlich kommt noch in Betracht, daß selbst wenn man die Versionsklage bei animus donandi superv. des freien Geschäftsführers nicht zur Perfektion kommen läßt (weil man fr. 7 § 1 h. t. aus den Eigenthümlichkeiten der Sklavenstellung erklärt), immer noch im Falle der Insolvenz des G dem Gläubiger vermittelst der Anfechtungsklage zu helfen wäre.

4. Der Liberationsregreß und die aus ihm hervorgehende Versionsklage setzt endlich voraus, daß die Geschäftsführung sich entweder auf Mandat, Societät[36a]) und ähnliche Vertretungsverhältnisse stützt, oder durch Genehmigung des D resp. utilitas negotii gerechtfertigt ist. Bei vorhergehender Zustimmung des Geschäftsherrn ist zu untersuchen, ob es nicht mit Rücksicht auf die a. quasi institoria an einem Bedürfniß nach der Versionsklage fehlt[36b]). Diese Frage ist jedenfalls verneinend zu beantworten, wenn man mit der herrschenden Lehre[37]) annimmt, daß die a. quasi institoria nur da

[36a]) fr. 82 pro socio 17, 2 vgl. oben S. 307. Auch bei der Handelsgesellschaft halte ich eine Versionsklage für möglich, weil der Socius, welcher im eigenen Namen, aber für Rechnung der Societät kontrahirt, nach H.-G.-B. Art. 93 einen Liberationsregreß hat. A. M. O.-L.-G. Hamburg, Seuff. Arch. Bd. 50, Nr. 19. Jedoch handelte es sich in dem vorliegenden Falle um eine in Liquidation befindliche Gesellschaft, gegen welche der Socius allerdings einen Befreiungsanspruch nicht hat, vgl. Reichsgericht, Bd. 29, Nr. 5.

[36b]) Von älteren Juristen wurde oft die Meinung vertreten, daß die Versionsklage nur aus Rechtsgeschäften eines neg. gestor., nicht aus denen eines Mandators entstehen könne, vgl. die bei Kämmerer a. a. O. S. 352 fg. citirten Autoren und Ude a. a. O., 377 fg.

[37]) Windscheid, Pandekten, § 482, Note 9, Dernburg, Pandekten, Bd. 2, § 13, Note 13.

gegeben wurde, wo der Gläubiger mit Rücksicht auf den ihm bekannt gegebenen Auftrag kontrahirte. Dann bleiben für die Versionsklage die Fälle des latenten Auftrags übrig. Für das heutige Recht kommt hier noch die Möglichkeit der direkten Stellvertretung in Betracht. Nimmt man die vom Reichsgericht[38]) bestätigte Anschauung an, daß die ajekticische a. institoria durch die nach unserem Rechte zulässige direkte Klage gegen den Stellvertretenen ersetzt sei, so erweitert sich das Anwendungsgebiet der Versionsklage noch um die Fälle, in welchen G zwar einen Auftrag von D hatte, dieser Auftrag auch dem Gläubiger beim Vertragsschlusse mitgetheilt war, eine direkte Stellvertretung aber doch nicht zu Stande gekommen ist, weil D nicht in direkte Beziehungen zu C treten wollte und deshalb nur Auftrag, nicht auch Vollmacht ertheilt hatte.

Wenn man dagegen mit Mandry (II S. 601 f.) und Schloßmann[39]) annimmt, daß die a. institoria, und daher wohl auch die a. quasi institoria, keine Kenntniß des Gläubigers vom Vorliegen eines Auftrags voraussetzte, so wäre trotz der modernen direkten Klage gegen den Stellvertretenen eine institorische Klage (bei nicht mitgetheiltem Mandat) möglich, damit aber wäre zugleich die Versionsklage von diesem Gebiete verdrängt[40]). Denn die a. quasi institoria bietet dem Gläubiger den großen Vorzug, daß sein Anspruch durch keine Zahlung, Kompensation oder sonstige Verhandlung zwischen Geschäftsherrn und Geschäftsführer affizirt wird. Nun scheint mir aber gerade diese energische Wirkung der a. quasi institoria ein Argument zu sein gegen die von Mandry und Schloßmann vertretene Lehre[40a]): wenn der Ge-

[38]) Entscheidungen, Bd. 2, S. 167.

[39]) Das Kontrahiren mit offener Vollmacht, Festschrift für Ihering, 1892.

[40]) Vgl. oben § 13, S. 207.

[40a]) Von den sechs Stellen, in denen uns die a. quasi institoria überliefert ist, enthalten drei einen deutlichen Hinweis darauf, daß der Gläubiger in Kenntniß des Auftrages kontrahirt hat. fr. 30 pr. de n. g. 3, 5: literas secutus, fr. 10 § 5 mand. 17, 1: qui ideo fideiussit, quia dominus mandaverat, c. 6 de exerc. a. 4, 25: secutus domini voluntatem. Die drei übrigen Stellen: fr. 19 pr. de inst. a. 14, 3, fr. 13 § 25 de a. e. v. 19, 1 und c. 5 de exerc. a. 4, 25 sind nicht entscheidend.

schäftsherr in direkte Beziehung mit dem Gläubiger treten will, mit der Wirkung, daß er nur an ihn zahlen soll, so wird er, wie mir scheint, keine Veranlassung haben, den Weg der Vollmacht, den ihm unser Recht zur Verfügung stellt, zu vermeiden, es wird daher der Vertrag zwischen G und C im Namen des D geschlossen werden.

Hat aber D keine Vollmacht, sondern nur Auftrag ertheilt, so entsteht die Vertragsschuld nur in der Person des Mandatars G, zugleich aber erwirbt G einen Liberationsregreß gegen D. Auf diesen Regreß stützt sich die Versionsklage des Gläubigers; damit geschieht dem Auftraggeber D kein Unrecht: er wollte, daß sich die Rechtsfolgen des aufgetragenen Geschäfts zwischen ihm und dem G abspielen sollten, und daran wird durch die Versionsklage nichts geändert, nur daß D auch von C veranlaßt werden kann, das, was er unter Berücksichtigung aller Verhältnisse zwischen ihm und G zur Liberirung des G leisten muß, an C zu zahlen.

5. Hatte G weder Vollmacht noch Auftrag, so kommt es für die Möglichkeit einer Versionsklage darauf an, in wessen Namen er kontrahirt hat:

a) G hat den Vertrag mit C im eigenen Namen geschlossen. Durch Genehmigung des D ändert sich nichts an dem Vertragsverhältniß zwischen G und C, nur entsteht ein Liberationsregreß des G und damit die Versionsklage[41]). Die Genehmigung wirkt also hier ebenso wie die interne ratihabitio des dominus servi (vgl. oben S. 206). Ebenso wirkt in Ermangelung der Genehmigung eine nachweisbare Utilität der Geschäftsführung.

b) G hat den Vertrag mit C im Namen des D geschlossen. Wenn D genehmigt, wird er alleiniger Schuldner des C und kann sich auch nur durch Leistung an C befreien. Aber seine Genehmigung kann auch bei vorhandener Utilität weder erzwungen noch durch richterliches Urtheil ersetzt werden (vgl. oben S. 67). Dafür haftet u. U. der Geschäftsführer G dem Gläubiger, er kann Befreiung von dieser Haftung, soweit sein Handeln utiliter gestum

[41]) c. 7 § 3 quod cum eo 4, 26 verb.: nisi hunc contractum ratum habuit.

war, verlangen und dieſen Anſpruch an C cediren. In demſelben Maße hat m. E. C die Verſionsklage gegen D.

Aber der Gläubiger hat in dieſem Falle gegen D auch eine condictio sine causa, ſoweit Werthe aus ſeinem Vermögen direkt in das des D gelangt ſind. Dieſer Vorgang iſt sine causa erfolgt, weil das von C beabſichtigte Rechtsgeſchäft mit D an der verweigerten Genehmigung ſcheitert (anders, wenn G als indirekter Stellvertreter kontrahirt hat, vgl. oben S. 299 unter b). Die Verſionsklage iſt dem Gläubiger u. U. vortheilhafter als die condictio: ſie hilft ihm auch dann, wenn die nützlich begonnene Geſchäftsführung des G keinen Erfolg gehabt hat, oder dieſer wieder weggefallen iſt. Andererſeits hat die condictio den Vorzug, daß ſie von dem Rechtsverhältniß zwiſchen D und G unabhängig iſt: iſt einmal D auf Koſten des C bereichert, ſo kann ſeine Verpflichtung durch ſeine Beziehungen zu G nicht modifizirt werden. Im beſten Falle kann man behaupten, daß ſeine Bereicherung wegfällt, wenn er das, was ihm zugekommen iſt, bona fide an G vergütet. Bei der Verſionsklage dagegen, welche auf dem Liberationsanſpruch des G beruht, kann D mit Forderungen an G kompenſiren.

Der wichtigſte Fall der indirekten Stellvertretung iſt das Kommiſſionsgeſchäft. Daß der Regreß des Kommiſſionärs, nicht anders als der des civilrechtlichen Mandatars, auf Liberation geht, habe ich oben § 4 S. 51 f. nachzuweiſen verſucht. Daraus würde ſich nach dem bisher Ausgeführten die Zuläſſigkeit einer Verſionsklage des dritten Kontrahenten gegen den Kommittenten ergeben. Damit wären die Schwierigkeiten gehoben, welche ſich, wie oben § 5 S. 126 f. gezeigt, im Konkurſe des Kommiſſionärs ergeben[42]). Nun beſtimmt aber das Handelsgeſetzbuch in Art. 360 Abſ. 2:

> „Durch die Geſchäfte, welche der Kommiſſionär mit Dritten ſchließt, wird er allein berechtigt und verpflichtet. Zwiſchen dem Kommittenten und den Dritten entſtehen daraus keine Rechte und Pflichten".

[42]) Daß der Konkurs des Liberationsberechtigten am Inhalte ſeines Anſpruches nichts ändert, wird auch von Kohler, Konkursrecht, S. 111, Note 2 anerkannt.

So kategorisch diese Vorschrift auch klingt, so halte ich sie doch nicht für ein unüberwindliches Hinderniß der Anerkennung einer aus allgemeinen civilrechtlichen Grundsätzen sich ergebenden Versionsklage. Das Gesetz will die a. quasi institoria ausschließen, welche zur Zeit seiner Abfassung gegen den Kommittenten gegeben wurde[43]), und eine scharfe Unterscheidung zwischen direkter Vertretung (Art. 52) und indirekter herstellen. Soll es über seinen Zweck hinaus angewendet werden, wenn sich erweist, daß im System der indirekten Stellvertretung eine Lücke existirt, und daß diese Lücke durch die Versionsklage ausgefüllt werden kann, ohne daß dem Rechtsgedanken der indirekten Stellvertretung (Abwickelung des Geschäftes gemäß den zwischen Kommittent und Kommissionär bestehenden Rechtsbeziehungen) Abbruch gethan wird? Von der a. quasi institoria konnte Casaregis[44]) mit einiger Uebertreibung sagen: totum commercium ac mundus perturbaretur et sub incertitudine staret, si etc., allein dies gilt gewiß nicht von der Versionsklage, welche dem C ermöglicht vom Kommittenten nur das zu fordern, was er doch an ihn, auf Verlangen des Kommissionärs, zahlen müßte, und was dem C nur auf Umwegen entzogen werden könnte. Endlich: das Handelsgesetzbuch selbst ist in Art. 368 Abs. 2 von der Konsequenz der Konstruktion abzuweichen, um das zu Grunde liegende reale Rechtsverhältniß zur Geltung zu bringen:

„Jedoch gelten solche Forderungen (sc. aus einem Geschäft, welches der Kommissionär abgeschlossen hat) auch wenn sie nicht abgetreten sind, im Verhältniß zwischen dem Kommittenten und dem Kommissionär oder dessen Gläubigern als Forderungen des Kommittenten".

Die ausstehenden Forderungen, die der Kommissionär für den Kommittenten erworben hat, sollen nicht den Gläubigern des Kommissionärs zu Gute kommen, sondern dem Kommittenten, dem sie nur deshalb nicht gehören, weil er sich der Rechtsform der indirekten Stellvertretung bedient hat. Aber alle Gründe, welche

[43]) Siehe Grünhut, Kommission, S. 328, Note 9.

[44]) Citirt bei Grünhut, S. 326, Note 4.

man zur Rechtfertigung dieser Vorschrift anführen kann, gelten auch für die Schulden, welche der Kommissionär auf Rechnung des Kommittenten gemacht hat. Sie wären eigene Schulden des Kommittenten, wenn er nicht zwischen sich und die Personen, denen seine Leistung schließlich zukommen soll, den Kommissionär eingeschoben hätte. Die Gläubiger des Kommissionärs aber haben ex aequitate sowenig Anspruch auf Utilisirung der Regreßansprüche des Kommissionärs, wie auf Befriedigung aus den Forderungen, welche der Kommissionär im Auftrag des Kommittenten erworben hat.

IV. Umfang und Endigungsgründe der Versionsklage.

Was den Umfang der Versionshaftung anbetrifft, so bestimmt sich derselbe nicht nach der Bereicherung des Beklagten, sondern nach zwei anderen Momenten, deren Kombinirung zu einem Resultat führt, welches von dem Betrag der Bereicherung u. U. bedeutend abweicht. Die Maximalgrenze der Versionshaftung ist die Summe, welche der Geschäftsführer seinem Gläubiger C schuldet (Interzessionsschuld und deren weitere Folgen z. B. Vorzugszinsen, vgl. oben S. 226 f.); aber die Versionsschuld des D kann unter dieser Grenze bleiben, wenn der Regreß des G nicht auf volle Befreiung geht, weil z. B. das Geschäft inutiliter gestum war, oder G einen Vorschuß erhalten hatte. Demgemäß hat der Kläger zweierlei zu beweisen: was er von G zu fordern hat und daß G liberationsberechtigt ist. Alle Einreden, welche G gegen seinen Gläubiger C hat, müssen daher auch dem Versionsbeklagten D zustehen.

Daraus ergibt sich nun eine theoretische Schwierigkeit und zwar gerade für den Fall der a. de in r. v. utilis, welcher der ursprünglichen a. de in r. v. am nächsten zu stehen scheint, nämlich für die Versionsklage aus Verträgen, welche ein Hauskind zu seinem eigenen Unterhalt abschließt. Aus dem Kontrakte eines filius familias wurde im römischen Recht er selbst verpflichtet, und es entstand daraus, wie ich oben S. 251 f. ausgeführt habe, auch ohne Vorhandensein eines Pekulium ein naturaler Befreiungs-

[45]) Windscheid, Pandekten, § 258, Note 19.

anspruch, aus welchem die Versionsklage gegen den Vater erwuchs. Dieser Rechtszustand hat sich nun in doppelter Beziehung geändert: einerseits sind zwischen Vater und Sohn civile Obligationen möglich, so daß eine auf den Liberationsanspruch des Sohnes gestützte Versionsklage als a. de in r. v. utilis (im modernen Sinne) zu bezeichnen ist. Andererseits ist aber das Hauskind bis zur erreichten Volljährigkeit nicht verpflichtungsfähig, während in Rom für den filius familias nur die Schranke der Pubertät bestand. Wenn also heute ein Haussohn kontrahirt, so ist seine eigene Verpflichtung unwirksam, also, könnte man folgern, entsteht auch kein Befreiungsanspruch und daher keine Versionsklage.

Ist diese Argumentation zwingend? Ich glaube nicht. Denn der Minderjährige ist, wenigstens soweit aus seinem Vertrage verpflichtet, als er bereichert ist. Seine Bereicherung kann aber hier gerade darin gefunden werden, daß ihm ein Liberationsregreß gegen den Vater erwachsen ist. Allerdings könnte man diese Konstruktion als einen circulus vitiosus bezeichnen, weil ja die Liberationspflicht des Vaters ihresseits wieder von der Gültigkeit der aufzuhebenden Schuld des Sohnes abhängt. Allein die römische und unsere Jurisprudenz nimmt ja auch sonst keinen Anstoß an der Schlußfolgerung: habet actionem, quia et ipse tenetur, tenetur autem quia agere postet (fr. 8 § 3 mand. 17, 1). Es ist hier nicht der Ort, die logische Zulässigkeit dieses Doppelsatzes zu untersuchen[46]), es mag uns genügen zu konstatiren, daß dieselbe Konstruktion, durch welche u. A. die Klage des Mandatars gegen seinen Substituten gerechtfertigt wird, hier zur Begründung eines Liberationsanspruches des Hauskindes ausreicht[47]). Damit ist aber zugleich die Möglichkeit einer Versionsklage aus Verträgen

---

[46]) Vgl. Rümelin, Selbstkontrahiren des Stellvertreters, S. 64.

[47]) Als Analogie zu unserem Falle läßt sich auch noch fr. 14 § 15 de relig. 11, 7 herbeiziehen: qui mandatu alterius funeravit, non habet funerariam actionem, sed is scilicet, qui mandavit funerandum, sive solvit ei cui mandavit sive debet. quod si pupillus mandavit sine tutore auctore, utilem funerariam dandam adversus heredem ei qui impendit; lucrari enim heredem iniquum est. Ein ferneres Beispiel ist die a. institutoria, vgl. oben § 6, Note 3.

von Hauskindern gegeben, welche die Praxis ohne Bedenken zuläßt[48]). Natürlich ist im einzelnen Falle immer zu untersuchen, ob der Dritte, welcher dem Hausſohn das zum Unterhalte Nöthige gewährte, wirklich mit dem Hausſohn kontrahiren, und nicht vielmehr ſelbſt ein Geſchäft des Vaters führen wollte; letzteres wird als ſelbſtverſtändlich angenommen werden können, wenn das Hauskind in niederem Alter iſt. Der praktiſche Unterſchied zwiſchen der Verſionsklage und der a. neg. gest. iſt einleuchtend: vom Anſpruch des negot. gestor kann ſich der Vater nur befreien, indem er an ihn ſelbſt leiſtet[49]); die Verſionsklage dagegen erliſcht, wenn der Vater ſeinem Sohne das zur Bezahlung von deſſen Schuld nöthige Geld übergibt.

Denn für den Untergang der Verſionsklage ſind die im § 16 entwickelten Grundſätze maßgebend: dem Geſchäftsherrn D ſtehen zwei Gläubiger gegenüber: der Geſchäftsführer G verlangt Befreiung von der Forderung ſeines Gläubigers C, der Verſionsgläubiger C verlangt daſſelbe, d. h. da er Gläubiger in der aufzuhebenden Forderung iſt, Zahlung der Schuldſumme. Der Geſchäftsherr braucht alſo nur einmal zu leiſten: befriedigt er den Verſionsgläubiger durch Zahlung Kompenſation oder in anderer Weiſe, ſo hat er damit ſeine Liberationspflicht gegenüber dem G erfüllt. Aber er kann auch dem Geſchäftsführer G Deckung gewähren und damit das Fundament der Verſionsklage, den Liberationsregreß, zerſtören[50]). Dieſe facultas solvendi iſt für den Geſchäftsherrn um ſo werthvoller, als er oft ein Intereſſe daran hat, daß die Rechtsfolgen der Geſchäftsführung zwiſchen ihm und dem G regulirt werden, und vielleicht gerade mit Rückſicht darauf

[48]) Seuffert's Archiv IX, 305 und 306, XVII, 64.

[49]) Seuffert's Archiv, Bd. X, Nr. 61.

[50]) Die Verſionsklage tritt neben den Liberationsanſpruch des Geſchäftsführers, nicht an Stelle deſſelben. Wenn die Verſionsklage, wie Arndts, Pandekten, § 248, Note 3 meint, wirklich nichts anderes wäre, als der vi legis auf den Gläubiger übergehende Regreß des Geſchäftsführers, ſo könnte letzterer nicht auf Befreiung klagen, und der Geſchäftsherr dürfte nach den Grundſätzen der Ceſſion (Windſcheid, Pand., § 331, N. 12) nicht mehr an ihn leiſten, ſobald er von der Entſtehung eines Verſionsanſpruches Kenntniß erhalten hätte.

dem G ſtatt einer Vollmacht einen Auftrag zum Kontrahiren in eigenem Namen ertheilt hat. Was D dem G leiſtet, kommt dem Verſionsgläubiger C indirekt zu Gute, indem es das Vermögen ſeines Vertragsſchuldners G vermehrt. Iſt aber dem D bekannt, daß eine an G gewährte Deckung dieſe regelmäßige Wirkung ausnahmsweiſe nicht hat, weil z. B. G inſolvent iſt, ſo begeht er dadurch, daß er an G zahlt, während doch dieſer nur Befreiung verlangen könnte, einen dolus gegen den Verſionskläger C und haftet, ſoweit C dadurch geſchädigt wird, actione doli[51]).

Wie auf Zahlung an den Geſchäftsführer ſo kann ſich der Verſionsbeklagte auch auf Gegenforderungen berufen, welche dem Liberationsanſpruch des Geſchäftsführers in kompenſabler Weiſe gegenüberſtehen (denn der Kläger hat nicht mehr Recht als der Geſchäftsführer, von deſſen Regreß er ſeine Klage ableitet)[51a]), ebenſo m. E. auf einen (nicht in necem creditoris) geſchloſſenen Vergleich über ſeine Regreßverpflichtung.

Dagegen nicht auf Erlaß der Regreßpflicht donandi causa[52]).

---

[51]) Anders verhält es ſich bei gewöhnlichen (gleichartigen) Solidargläubigern, von denen jeder Leiſtung an ſich verlangen kann: dem Schuldner iſt kein Vorwurf zu machen, wenn er an den inſolventen Gläubiger zahlt, denn er thut nur das, wozu ihn dieſer Gläubiger zwingen könnte, und braucht ſich um die Frage, welchem der beiden Gläubiger die Leiſtung ſchließlich zu Gute kommen ſoll, nicht zu bekümmern. — Wieder anders liegen die Verhältniſſe bei der von Jhering (vgl. oben S. 237, Note 22) beſprochenen Konkurrenz von legatum debiti und leg. liberationis: hier darf der Erbe von vornherein nicht an den zu liberirenden Schuldner, ſondern nur an den Gläubiger leiſten; denn das Recht des Gläubigers entſteht nicht, wie die Verſionsklage, aus dem Liberationsanſpruch des Schuldners, ſondern aus einem von dieſem Schuldverhältniß ganz unabhängigen Grunde: der Vermächtnißverfügung.

[51a]) Ueber die Kompenſation gegen einen Liberationsanſpruch vgl. oben S. 110: Die zur Kompenſation gebrachte Geldforderung erliſcht erſt, wenn der liberationsberechtigte Schuldner durch Zahlung an den Gläubiger einen Erſtattungsregreß erworben hat. Kompenſirt dagegen der Geſchäftsherr gegen den Verſionskläger, ſo tritt die normale Wirkung der Kompenſation, Verbrauch der Forderung ein. Denn der Verſionsanſpruch iſt obligatio dandi.

[52]) Ueber den Verzicht auf den noch nicht zur Perfektion gelangten Regreß vgl. oben S. 318.

Denn das einmal, zugleich mit dem Regreßanspruch des G, in's Leben getretene Recht des Versionsgläubigers, kann zwar durch Leistung des Geschäftsherrn an den Geschäftsführer (und was dem gleichsteht) aufgehoben werden, weil der Geschäftsherr seinen beiden Gläubigern nur zu einer Leistung verpflichtet ist, nicht dagegen durch andere Vorgänge zwischen D und G; die Versionsklage ist, wenn auch aus dem Regreß des G erwachsen und mit demselben durch eine Art (ungleichartiger) Solidarität verbunden, dennoch als ein eigenes Recht des C aufzufassen, welches ihm nach allgemeinen Grundsätzen nicht durch Verhandlungen dritter Personen entzogen werden darf [53]).

[53]) Eine interessante Analogie zu dem quasisolidaren Verhältniß zwischen Versionsklage und Regreßanspruch des Geschäftsführers findet sich beim Pfandrecht des Vermiethers und dem des Miethers an den Invekten und Illaten des Untermiethers; es bestehen darüber folgende Rechtssätze: a) das Pfandrecht des Vermiethers ist in seiner Entstehung abhängig vom Rechte des Miethers (wie die Versionsklage vom Regreßverhältniß). Liegt nicht Aftermiethe, sondern gratuita habitatio vor, so cessirt das Pfandrecht, fr. 5 pr. in quibus caus. 20, 2 (wie die Versionsklage bei anfänglichen animus donandi des Gestor.) b) Der Untermiether kann an den Vermiether zahlen, Windscheid, Pandekten, § 342, Note 42 (wie der Geschäftsherr an den Versionsgläubiger). c) Er kann aber auch mit befreiender Wirkung an den Miether zahlen (wie der Geschäftsherr an den Geschäftsführer). A. M. Dernburg, Pfandrecht, Bd. 1, S. 368. Die Quellen entscheiden diese Frage nicht, Dernburg argumentirt mit der Selbständigkeit des Pfandrechts des Vermiethers. Aber auch das Recht des Solidargläubigers ist ein „eigenes" und kann doch durch Leistung an den anderen Solidargläubiger untergehen. Dernburg kommt zu dem Resultat, daß der Untermiether nur dann mit Sicherheit an den Miether zahlt, wenn er sich die Quittung des Vermiethers über den Miethzins der Obermiethe vorlegen läßt. Aber wie, wenn die Untermiethe monatlich, die Obermiethe vierteljährlich zu zahlen ist? Die modernen Gesetze (Code civil a. 1753, Sächs. Ges.-Buch, § 1228, Oesterr. Ges.-Buch, § 1101) entscheiden in unserem Sinne. d) Dolose Zahlung des Untermiethers an den Miether befreit ihn nicht, so ausdrücklich Oesterr. Ges.-Buch und Code civil. e) Erlaß der Untermiethe durch den Miether donandi causa ist dem Vermiether gegenüber unwirksam, Dernburg a. a. O. — Diese Analogie wird noch dadurch verstärkt, daß die römischen Juristen in beiden Fällen das direkte Verhältniß (zwischen Versionsgläubiger und Geschäftsherrn, Vermiether und Untermiether) auf einen stillschweigend geschlossenen Vertrag

V. De lege ferenda.

Die modernen Gesetze haben die Lehre von der Versionsklage wenig gefördert. In den sehr allgemein gehaltenen Vorschriften des Preußischen Landrechts und des Oesterreichischen Gesetzbuchs spiegelt sich die Unklarheit wieder, welche zur Zeit der Abfassung dieser Gesetzeswerke in der Doktrin herrschte.

> Oesterreichisches Gesetzbuch § 1041: Wenn ohne Geschäftsführung eine Sache zum Nutzen eines Anderen verwendet worden ist, so kann der Eigenthümer sie in Natur, oder wenn dieses nicht mehr geschehen kann, den Werth verlangen, den sie zur Zeit der Verwendung gehabt hat, obgleich der Nutzen in der Folge vereitelt worden ist.
>
> Preußisches Landrecht I, 13 § 262: Derjenige, aus dessen Vermögen etwas in den Nutzen eines Anderen verwendet worden, ist dasselbe entweder in Natur zurück- oder für den Werth Vergütung zu fordern berechtigt.

Die weitere Entwicklung in diesen Rechtsgebieten ist im Anschluß an das gemeine Recht erfolgt[54]). Für das preußische Recht ist die Versionsklage nach bedeutenden Schwankungen[55]) durch drei Entscheidungen des Reichsgerichts gefestigt worden[56]): die

---

zurückführen, fr. 1 pr. h. t. 15, 3 (vgl. ob. S. 134), fr. 11 § 5 de pign. act. 13, 7, was Dernburg a. a. O. mit vollem Rechte als bloße Kolorirung bezeichnet. — Die beiden Rechtssätze zu a) und e) sind zur Erklärung des vermeintlichen Widerspruchs zwischen fr. 7 pr. und § 1 h. t. (oben S. 198 fg.) zu verwenden.

[54]) Ein näheres Eingehen auf Literatur und Judikatur der Partikularrechte mußte ich mir versagen, da mir die Hülfsmittel nicht in genügender Vollständigkeit zur Verfügung standen.

[55]) Das Obertribunal wollte die Versionsklage auf den Fall beschränken, daß die Sache aus dem Vermögen des Klägers unmittelbar in das des Beklagten gelangt war; das Reichoberhandelsgericht, Bd. 3, Nr. 78, Bd. 11, Nr. 46, gab ihr ein viel weiteres, aber nicht präzis abgegrenztes Anwendungsgebiet.

[56]) Entscheidungen, Band I, Nr. 57, IV, Nr. 67, XXI, Nr. 45. Die letztere Entscheidung erklärt indirekte Version für genügend, verlangt dabei — mit Recht — anfänglichen animus negotia gerendi und sagt über den allerdings schwierigen Beweis desselben: „wenn wirklich G die ihm gegebene

Zulässigkeit der Versionsklage soll abhängen von dem konkreten Rechtsverhältnisse zwischen dem Beklagten und der Zwischenperson; dies Verhältniß darf nicht sein Kauf (I S. 151), Werkvertrag (IV S. 241) oder Darlehen (XXI S. 241), sondern ist normaler Weise Stellvertretung. Der tiefere Grund dieser m. E. durchaus zutreffenden Unterscheiduug wird in den citirten Urtheilen nicht klargelegt, nur in den Schlußworten der Entscheidung Bd. I S. 152 wird das durchschlagende Argument gestreift: „der Einwand des Beklagten, daß er mit der Pflicht belastet erscheine, die Zwischenperson von ihrer Kaufgeldsschuld an den Kläger zu befreien (und deshalb nicht für bereichert gelten könne), erledigt sich dadurch, daß die Leistung des Beklagten an den Kläger ersteren gleichzeitig von der (angeblich ihn sonst zu Unrecht treffenden) Belastung befreien würde". Daß aber Beklagter durch Zahlung an den Kläger zugleich vom Anspruch der Zwischenperson frei wird, beruht darauf, daß dieser Anspruch Liberation zum Inhalt hat: nur da, wo zwischen G und dem Beklagten D ein Liberationsregreß besteht, kann die Versionsklage, wie oben S. 317 ausgeführt wurde, ohne offensichtliche Schädigung des D zugelassen werden; und nur weil G eine Liberationsforderung hat, kann ihm und seinen Gläubigern dieses Aktivum seines Vermögens ohne Verstoß gegen den Grundsatz der gleichmäßigen Befriedigung entzogen werden. So beruhen die drei Entscheidungen des Reichsgerichts, wie mir scheint, auf einem durchaus richtigen, aber noch nicht zum vollen Durchbruch gekommenen Gedanken.

Der Code civil enthält den bekannten art. 1166[57]), welcher

Geldsumme alsbald nach dem Empfange in denselben Geldstücken ohne Dazwischentreten eines neuen Rechtsgrundes dem Beklagten übergeben und deren Verwendung zum Nutzen des letzteren hat geschehen lassen, ohne sich durch irgend eine Verabredung in seinem oder des Klägers Interesse die Rückerstattung zu sichern, so liegt die Schlußfolgerung sehr nahe, daß derselbe schon beim Erwerbe das alleinige Interesse des Beklagten im Auge gehabt habe". Ganz ähnlich, nur etwas wortreicher, wie Julian in fr. 7 § 12 ad SC. Maced. 14, 6 (vgl. oben § 11, S. 104).

[57]) Les créanciers peuvent exercer tous les droits et actions de leur débiteur, à l'exception de ceux qui sont exclusivement attachés à la personne.

die Anerkennung einer Versionsklage ermöglicht hätte, wenn er nicht so allgemein gefaßt wäre, daß die Jurisprudenz sich genöthigt gesehen hat, seine Tragweite durch restriktive Interpretation zu beschränken[58]).

Dagegen findet sich ein Ansatz zu einer Fortbildung unserer Lehre im bayerischen Entwurfe eines bürgerlichen Gesetzbuches, Art. 750:

> Ist in Folge des vom Geschäftsführer mit einem Dritten abgeschlossenen Geschäftes aus dem Vermögen des letzteren dem Geschäftsherrn eine Bereicherung zugegangen, so kann der Dritte nach seiner Wahl seinen Anspruch gegen den Geschäftsführer geltend machen, oder von dem letzteren die Abtretung der Klage verlangen, welche ihm aus der Geschäftsführung gegen den Geschäftsherrn zusteht. Durch die Geltendmachung des einen Anspruches wird der andere nur auf soweit ausgeschlossen, als der Dritte durch den ersteren seine Befriedigung erhalten hat.

Das Recht auf Abtretung des Regresses wird dem Gläubiger gewährt, um ihn vor Schaden zu bewahren (Motive S. 228)[59]). Aber dieser Zweck wird, wie die Motive zum deutschen Entwurf, Bd. II S. 872 richtig bemerken, gerade in dem Falle nicht erreicht, in welchem der Gläubiger in besonderem Maße schutzbedürftig ist: bei Insolvenz des Geschäftsführers. Gegen diese Gefahr ist dem Gläubiger nicht durch einen Anspruch auf

---

[58]) Der art. 1166 soll kein Vorrecht des Gläubigers begründen, welcher das Recht seines Schuldners ausübt. Aubry et Rau, Bd. IV, § 312, Note 19. Demolombe, Code Napoléon t. 25 no 128 fg.

[59]) Die bayerischen Motive bemerken ferner, mit Recht, daß der dem Gläubiger gegen den Geschäftsherrn zu gewährende Anspruch nicht davon abhängen könne, daß der Geschäftsführer beim Vertragsabschlusse den Geschäftsherrn als Prinzipal dem Dritten gegenüber bezeichnet habe. Des Weiteren behaupten die Motive, daß Art. 750 des Entwurfes dem Gläubiger auch dann in genügendem Maße helfe, wenn der Geschäftsführer in seiner Handlungsfähigkeit beschränkt sei, denn der Anspruch eines solchen Geschäftsführers gegen den Prinzipal, den er an den Gläubiger abzutreten hat, sei ja ein unbeschränkter. Dabei wird übersehen, daß der Regreß des Geschäftsführers, wenn er auf Liberation geht, von der Gültigkeit der eigenen Verpflichtung des Geschäftsführers abhängt, daß daher secundum substilitatem iuris hier ein circulus vitiosus vorliegt, vgl. oben S. 325.

Cession geholfen, sondern nur durch einen ipso iure erfolgenden Erwerb der Regreßforderung; allerdings würde eine dahingehende Bestimmung m. E. eine unbillige Benachtheiligung des Geschäftsherrn bedeuten: er dürfte, sobald er Kenntniß von der cessio legis erhielt, nicht mehr an seinen Vertragsgläubiger, den Geschäftsführer zahlen. (Vgl. oben zu Note 50.)

Der Dresdener Entwurf enthält keine die Versionsklage betreffende Bestimmung. Art. 90 Abs. 2 verordnet Legalcession der Forderungen, welche der Geschäftsführer auf Rechnung oder mit den Mitteln des Geschäftsherrn begründet hat. Der Grund dieser Bestimmung ist offenbar in der Erwägung zu suchen, daß solche Forderungen nur formell dem Vermögen des Geschäftsführers angehören und nur vorläufig in demselben verbleiben sollen. Derselbe Grund gilt aber m. E. auch für die durch die Geschäftsführung bewirkte Schuldbelastung des Geschäftsführers (vgl. oben S. 323).

Das sächsische Gesetzbuch gewährt in § 791 eine der Versionsklage entsprechende Forderung:

> Hat ein Stellvertreter in seinem Namen gehandelt und das, was er aus dem mit dem Dritten geschlossenen Rechtsgeschäfte erhalten, in den Nutzen des von ihm Vertretenen verwendet, so hat der Dritte an den Vertretenen einen Anspruch auf Ersatz des Werthes, welchen das in dessen Nutzen Verwendete zur Zeit der Verwendung gehabt hat.

Der Anspruch ist also nicht auf den Befreiungsregreß des Geschäftsführers, sondern auf die dem Geschäftsherrn zugekommene Bereicherung basirt. Er ist daher ausgeschlossen, wenn die utiliter begonnene Geschäftsführung durch zufälligen Untergang der angeschafften Werthe vor ihrer Verwendung vereitelt wurde. Er geht nicht auf den Betrag, welchen der Gläubiger vom Geschäftsführer zu fordern hat, sondern auf den u. U. geringeren Werth der Sachen zur Zeit ihrer Verwendung. Daraus kann sich ergeben, daß der Geschäftsherr einerseits dem Geschäftsführer nach § 1352 verpflichtet ist, ihn von einer Forderung des C im Betrage von 100 zu befreien, andererseits dem C nach § 791 nur auf 80 haftet. Sehr rationell scheint mir diese Divergenz nicht

zu sein, sie ist aber unvermeidlich, wenn man den Versuch macht, eine Rechtsbeziehung zwischen dem Geschäftsherrn und dem Gläubiger C herzustellen, ohne sie mit dem Regreß des Geschäftsführers in Zusammenhang zu bringen[60]).

Das schweizerische Obligationenrecht enthält eine Verweisung auf die Kondiktionsgrundsätze[61]).

Der deutsche Entwurf hat die Aufstellung einer Versionsklage abgelehnt. Die Motive, Bd. II S. 872, konstatiren zunächst, daß es an einem Bedürfniß nach einem solchen Rechtsmittel fehlt, wenn der Vertreter von seinen Gläubigern belangt werden kann und zahlungsfähig ist. Dem ist, nach dem was oben S. 297 ausgeführt wurde, beizustimmen. „Anders läge der Fall", sagen die Motive weiter, „wenn der Vertreter nicht belangt werden könnte bezw. zahlungsunfähig ist. Doch fordern überwiegende Gründe, von einer positiven Bestimmung abzusehen ... Zu helfen wäre nur etwa auf dem Wege, daß der Dritte für befugt erklärt würde, die Ansprüche des Vertreters auch ohne Abtretung als Bereicherungsanspruch in Höhe jener Ansprüche, soweit sie noch beständen, geltend zu machen. Hieraus ergäbe sich jedoch ein äußerst verwickeltes und unklares Verhältniß, ohne daß für den Dritten eine vollkommene Hülfe erreicht würde".

Es soll also einfachheitshalber dabei bleiben, daß sich der Gläubiger nur an den Geschäftsführer halten kann, und es diesem überlassen bleibt, seinen Regreß gegen den Geschäftsherrn durchzusetzen. Daß dieser Rechtszustand unter normalen Verhältnissen zu einer befriedigenden Abwickelung der zwischen den drei Personen bestehenden Verhältnisse führt und daß daher insoweit kein Bedürfniß nach einer Versionsklage vorliegt, ist ohne Weiteres zuzugeben. Was soll nun aber in den Fällen geschehen, in welchen

---

[60]) Aus der Fassung des § 791 scheint sich zu ergeben, daß der Geschäftsherr durch Zahlung an den Vertreter von seiner Verpflichtung gegenüber dem Dritten nicht befreit wird. A. M. Siebenhaar, Kommentar zu § 791.

[61]) Art. 49: „In allen Fällen bleibt die Forderung aus ungerechtfertigter Bereicherung bestehen". Ueber die Möglichkeit einer condictio vgl. oben S. 299 und S. 322.

die Motive eine gesetzliche Bestimmung, durch welche dem Gläubiger geholfen würde, für wünschenswerth halten, aber doch aus Furcht, ein angeblich unklares Verhältniß herzustellen, nicht aufstellen wollen?

Der eine dieser Fälle ist die Unbelangbarkeit z. B. Abwesenheit des Geschäftsführers. Auch hier kann noch, wie ich glaube, der Gläubiger C zu seinem Rechte kommen, ohne daß es nöthig wäre, eine positive Vorschrift zu seinen Gunsten zu erlassen: er erwirkt ein vollstreckbares Urtheil gegen seinen Schuldner G und pfändet dessen Liberationsregreß gegen D. Er kann sich diese gepfändete Forderung zur Einziehung überweisen lassen, und er ist, wie wir oben S. 121 f. gesehen haben, der einzige von den Gläubigern des G, der diesen Weg mit Erfolg beschreiten kann. Es kann ihm also die Forderung, die zu seiner Befriedigung gleichsam prädestinirt ist, nicht entzogen werden, solange nicht D seine Liberationspflicht durch Deckung oder auf anderem Wege aufgehoben hat.

Es bleibt also nur der Fall der Insolvenz des Geschäftsführers übrig. Hier aber scheint mir ein Eingreifen der Gesetzgebung durch die Verhältnisse geboten und mit keinen übergroßen Schwierigkeiten verbunden zu sein. Es handelt sich nur darum eine dem Art. 368 Abs. 2 des Handelsgesetzbuchs entsprechende Bestimmung aufzustellen, und zwar m. E. nur für den Fall des Konkurses des Geschäftsführers. Nun hat allerdings der Entwurf auch diese Bestimmung des Handelsgesetzbuches nicht reproduzirt, vermuthlich von dem Bestreben geleitet, die Begriffe der direkten und indirekten Stellvertretung möglichst scharf auseinanderzuhalten. Dabei sind aber m. E. materielle Erwägungen zu Gunsten der Reinheit der Konstruktion aufgeopfert worden. Denn die indirekte Stellvertretung ist ja schließlich nur ein Mittel, dessen sich der Verkehr bedient, um Beziehungen zwischen dem Geschäftsherrn D und dem Gläubiger C herzustellen. C soll die Waare an D leisten, und D das Geld an C. Daß diese Leistungen durch das Vermögen der Zwischenperson G hindurchgehen ist eine unvermeidliche, aber nicht erwünschte, Folge der Umstände, um deren Willen D und C nicht in direkte Beziehungen zu einander treten können

oder wollen. Wird die Vermittlerthätigkeit des G gestört, was namentlich durch seinen Konkurs geschieht, so scheint es mir ein Gebot des ius aequum zu sein, diese Störung soweit aufzuheben, als es mit den allgemeinen Prinzipien eines geordneten Konkursverfahrens vereinbar ist. Und diese Möglichkeit liegt zweifellos vor, solange aus dem durch G vermittelten Verkehr zwischen D und C noch ausstehende Forderungen vorhanden sind[62]).

Die Forderungen des G gegen C sollen, so bestimmt das Handelsgesetzbuch, dem D zu Gute kommen, sie sind in seinem Vermögen nur Durchgangsposten. Dasselbe gilt aber auch von dem Regreßanspruch des G gegen D, und zwar, wie ich nachgewiesen zu haben glaube, in noch höherem Maße, als von der Forderung, welche der Geschäftsführer G auf Rechnung des D gegen C erworben hat. Denn diese Forderung ist in der Regel obligatio dandi (Zahlung von Geld, Lieferung von Waaren), sie unterscheidet sich also inhaltlich nicht von den übrigen Aktiven des G, sie könnte seinen Gläubigern ohne Weiteres zu Gute kommen; nur durch ihre Entstehung hängt sie mit dem Vermögenskreise des Geschäftsherrn D zusammen: sie ist auf seine Rechnung begründet. Beim Liberationsregreß weist dagegen schon der Inhalt auf den einen Gläubiger C hin: ihm allein kann der Befreiungsanspruch cedirt, von ihm allein gepfändet werden, er müßte erst in seinem Inhalt umgewandelt werden, um zur Befriedigung der übrigen Gläubiger dienen zu können.

So wird beim Liberationsregreß ein Aussonderungsrecht des Gläubigers durch den Entstehungsgrund sowohl als den Inhalt der auszusondernden Forderung gerechtfertigt. Und wenn die Motive einwenden, daß dadurch eine vollkommene Hilfe für den Dritten doch nicht erreicht wäre[63]), so ist darauf zu erwidern, daß

[62]) Vgl. Ehrenberg, Versicherung für fremde Rechnung, Jahrb. für Dogm. Bd. 30, S. 454 fg.

[63]) Mit demselben Argument könnte man die durchaus gerechtfertigte Bestimmung des § 38 K. O. bekämpfen: Die Konkursmasse ist durch die Veräußerung einer Sache des Klägers in gleichem Maße bereichert, ob nun die Forderung noch aussteht oder schon eingezogen ist. Ebenso ist der Kläger in beiden Fällen in gleichem Maße geschädigt. Trotzdem darf er nur die noch ausstehende Forderung aussondern, weil sie in

die Rechtsordnung es ſich nicht zum Zwecke machen kann, alle Gefahren, die mit dem Verkehr und dem auf Andere geſetzten Vertrauen verbunden ſind, zu beſeitigen und — daß auch für die Geſetzgebung der Satz gilt: le mieux est l'ennemi du bien.

---

der Konkursmaſſe als ſelbſtſtändiges Aktivum exiſtirt. Dieſe Hülfe wird aber dem Kläger nicht etwa deswegen verſagt, weil er in anderen Fällen (wenn die Forderung ſchon eingezogen iſt) doch ſchutzlos bleibt.

Quellenregiſter.

Digesta.

	Seite
fr. 15 si quis caut. 2, 11	311
fr. 4 § 2 de edendo 2, 13	265
fr. 4 § 3	244, 265
fr. 19 § 1 de pactis 2, 14	219
fr. 27 pr.	268
fr. 28 § 2, fr. 29	267
fr. 30 § 1	144
fr. 31 de procur. 3, 3	60
fr. 42 § 2	146
fr. 50	90
fr. 67	153, 304
fr. 2 de neg. gest. 3, 5	36
fr. 3 § 4	70
fr. 3 § 11	66, 156
fr. 5 § 3	173, 206, 302
fr. 5 § 5	153
fr. 5 § 8	164, 174, 249
fr. 5 § 14	76
fr. 13	160
fr. 21	72
fr. 27	87
fr. 28	54, 87
fr. 30 pr.	302, 320
fr. 30 § 2	60
fr. 35	94
fr. 41	157
fr. 47	106
fr. 48	165
fr. 9 § 3 qd. met. c. 4, 2	46
fr. 7 § 8 de d. m. 4, 3	313
fr. 20 pr.	178, 205, 235, 244, 289
fr. 24 pr. de minor. 4, 4	115
fr. 24 § 3	163
fr. 6 § 4 nautae 4, 9	87
fr. 57 de iudic. 5, 1	147
fr. 8 § 17, fr. 9 de inoff. 5, 2	188
fr. 13 § 4 de her. pet. 5, 3	155
fr. 20 § 20	88
fr. 31 pr.	155
fr. 40 § 4	163
fr. 19 de rei vind. 6, 1	88
fr. 38	215
fr. 14 de Publ. a. 6, 2	101, 154
fr. 15	217
fr. 23 § 2 ad l. Aq. 9, 2	42
fr. 27 § 34	266
fr. 5 § 4 de his qui eff. 9, 4	87
fr. 16 § 6 fam. erc. 10, 2	163
fr. 20 § 1	252
fr. 20 § 2	158
fr. 20 § 6	252
fr. 20 § 7	276
fr. 39 § 5	253
fr. 15 comm. div. 10, 3	99
fr. 14 § 7 de serv. corr. 11, 3	87
fr. 4 § 1 de aleat. 11, 5	159, 164
fr. 14 § 7 de relig. 11, 7	19
fr. 14 § 15	49, 325
fr. 46 § 2	274
fr. 9 § 2 de reb. cred. 12, 1	251
fr. 12	245
fr. 27	308
fr. 32	300
fr. 20 fr. 21 de iureiur. 12, 2	267
fr. 3 de in l. iur. 12, 3	87

	Seite
fr. 3 § 2 de cond. c. d. 12, 4	181
fr. 9 § 1	88
fr. 38 § 2 de cond. ind. 12, 6	275
fr. 47	176
fr. 49	289, 300
fr. 1 pr. de cond. s. c. 12, 7	88
fr. 4 de cond. furt. 13, 1	163
fr. 19	169
fr. 2 § 8 de eo qd. c. l. 13, 4	87
fr. 19 § 2 de pec. c. 13. 5	151
fr. 8 § 1 de pign. a. 13, 7	154
fr. 11 § 5	329
fr. 1 § 9 de exerc. a. 14, 1	224
fr. 5 pr.	261
fr. 7 pr.	173
fr. 1, fr. 2 de instit. a. 14, 3	262
fr. 11 § 8	244, 260
fr. 12	135, 260 fg.
fr. 17 § 4, 5	246 fg.
fr. 19 pr.	320
fr. 5 § 11 de tribut. a. 14, 4	138
fr. 5 § 12	267
fr. 5 § 17	133
fr. 1 qd. cum eo 14, 5	223
fr. 2 pr.	251, 253
fr. 7 § 2 ad SC. Maced. 14, 6	185
fr. 7 § 12	177, 194, 330
fr. 16	204
fr. 17	172, 183
fr. 3 § 5 de peculio 15, 1	162, 255
fr. 3 § 7	178
fr. 3 § 12	164, 167
fr. 4 pr.	281
fr. 4 § 1	275, 278
fr. 4 § 5	276
fr. 5 § 1	161
fr. 5 § 4	232
fr. 7 § 4, 5	267
fr. 7 § 6	1 fg., 12 fg., 138, 150, 233, 268, 281
fr. 9 § 1	267, 275, 280
fr. 9 § 3	268
fr. 9 § 4	14
fr. 9 § 7	186
fr. 9 § 8	139, 151 253,
fr. 10	137
fr. 11 § 1	180
fr. 11 § 5	139, 282
fr. 17	268, 276
fr. 21 pr., § 2	14
fr. 24	206
fr. 25	186, 283
fr. 26	14
fr. 27 pr.	256
fr. 27 § 8	241
fr. 30 § 1, fr. 32 pr.	196
fr. 36	157
fr. 39	263
fr. 40 § 1	186, 282
fr. 41	288
fr. 47 pr.	247
fr. 49 § 2	5, 130, 179, 275, 281
fr. 50 § 2	139, 252
fr. 51	215
fr. 52 pr.	161
fr. 56	232, 267, 280
fr. 1 pr. quando de p. a. 15, 2	14
fr. 1 § 10	236
fr. 1 pr. de in r. v. 15, 3	2, 134
fr. 1 § 1	2, 135, 234, 236
fr. 1 § 2	2, 9 fg., 137 fg., 225
fr. 2	178, 289
fr. 3 pr.	178
fr. 3 § 1	190, 193, 214, 288
fr. 3 § 2	1 fg., 16 fg., 130, 135, 202 263, 272, 293
fr. 3 § 3	185
fr. 3 § 4	203, 215
fr. 3 § 5	214, 266 fg.
fr. 3 § 6	203, 225
fr. 3 § 7	208
fr. 3 § 8	208
fr. 3 § 9	173, 193, 199, 211
fr. 3 § 10	134, 172, 190, 211, 291
fr. 4	190, 211, 291

	Seite
fr. 5 pr.	213, 216
fr. 5 § 1	203
fr. 5 § 2	203, 208, 213, 218
fr. 5 § 3	14, 165, 191, 228, 281, 288
fr. 6	175
fr. 7 pr.	192, 198
fr. 7 § 1	5, 135, 198 fg., 235, 329
fr. 7 § 2	262 fg.
fr. 7 § 4	154 fg., 222, 269 fg., 275
fr. 7 § 5	184
fr. 8	183
fr. 9	184
fr. 10 pr.	149, 255, 292
fr. 10 § 1	145
fr. 10 § 2	143, 197
fr. 10 § 3	145
fr. 10 § 4	211
fr. 10 § 5	173, 220, 302
fr. 10 § 6	224 fg., 234
fr. 10 § 7	134, 177, 225 fg., 250, 289
fr. 10 § 8	139, 230
fr. 10 § 9	231
fr. 10 § 10	149, 175, 195
fr. 11	175
fr. 12	213, 216
fr. 13, fr. 14	240 fg.
fr. 15	150, 176
fr. 16	203, 227 fg., 289
fr. 17 pr.	189, 199, 209, 212
fr. 17 § 1	135, 275
fr. 18	190, 292
fr. 19	6, 9 fg., 186, 273 fg.
fr. 20 pr.	255 fg.
fr. 20 § 1	172, 205, 302, 311
fr. 21	188, 255 fg.
fr. 1 § 3 quod iussu	15, 4 203
fr. 1 § 4	206
fr. 1 § 6	203
fr. 1 § 9, fr. 2 pr.	206
fr. 5 pr.	157
fr. 8 § 14, 15 ad SC. Vell.	16, 1 223
fr. 19 pr.	86
fr. 19 § 4	48
fr. 22	99
fr. 25	253
fr. 29 pr.	132, 223
fr. 1 § 11 depos.	16, 3 118
fr. 11	268
fr. 2 § 4 mand.	17, 1 104
fr. 6 § 1	76
fr. 8 § 3	325
fr. 10 § 5	320
fr. 10 § 6	106
fr. 10 § 12	62
fr 11	91
fr. 12 § 2	174
fr. 12 § 6	254
fr. 12 § 9	35, 220
fr. 12 § 17	33
fr. 20 pr.	21
fr. 22 § 4	39
fr. 26 § 2	43
fr. 26 § 4	90
fr. 26 § 6	37
fr. 26 § 7	168
fr. 26 § 8	153
fr. 27 § 4	33
fr. 27 § 5	74
fr. 32	28
fr. 34 § 1 — 36 § 1	39
fr. 37	41
fr. 38	50, 62
fr. 45 pr.	65
fr. 45 § 1	60
fr. 45 § 2	49, 59, 96
fr. 45 § 4	58, 59, 151
fr. 45 § 5	48, 83, 106
fr. 47 § 2	92
fr. 48 § 2	20
fr. 50 § 1	41
fr. 52	40
fr. 54 pr.	162
fr. 59 § 1	74
fr. 59 § 5	28
fr. 60 § 3	258
fr. 21 pro socio	17, 2 87

	Seite
fr. 82	307
fr. 29 de contr. empt. 18, 1	165
fr. 19 de her. vend. 18, 4	106
fr. 6 § 1, fr. 7 de serv. exp. 18, 7	87
fr. 13 § 13 de a. e. v. 19, 1	265
fr. 13 § 25	320
fr. 30 pr.	164
fr. 7 locati 19, 2	87
fr. 19 § 2	228
fr. 30 pr.	87, 300
fr. 58 § 2	99
fr. 60 § 7	265
fr. 5 pr. in quib. c. pig. 20, 2	328
fr. 1 pr. quib. mod. pign. 20, 6	74
fr. 31 § 20 de aedil. ed. 21, 1	67
fr. 57 pr.	16
fr. 57 § 1	133
fr. 4 § 1 de evict. 21, 2	310, 312
fr. 17	154
fr. 30, fr. 41 § 2	91
fr. 57 pr.	92
fr. 6 pr., fr. 32 § 3 de usur. 22, 1	221
fr. 5 § 8 de iur. dot. 23, 3	184, 288
fr. 9 § 3	258
fr. 24	184, 267
fr. 46	217
fr. 78 § 5	88
fr. 79 pr.	184
fr. 4, fr. 12 § 1, fr. 26 § 3 de p. d. 23, 4	258
fr. 11 § 8 de d. i. v. e. u. 24, 1	102
fr. 22 § 12 sol. matr. 24, 3	157
fr. 25 pr., fr. 53	158
fr. 3 § 4 rer. amot. 25, 2	167, 258
fr. 5	169
fr. 7 de tutel. 26, 1	161
fr. 2 de adm. tut. 26, 7	310
fr. 21	161
fr. 39 § 4	311
fr. 43 § 1	310
fr. 5 pr. quando ex f. 26, 9	310
fr. 5 § 1	311
fr. 6—8	310
fr. 3 § 3 de contr. tut. 27, 4	246
fr. 6	49
fr. 47 de her. inst. 28, 5	254
fr. 18 pr. de vulg. s. 28, 6	182
fr. 98 de adq. her. 29, 2	258
fr. 48 pr. de leg. I	163
fr. 108 § 1	218
fr. 4, fr. 8 pr. de instr. l. 33, 7	228
fr. 18 § 4	265
fr. 19 § 1	264
fr. 20 § 1	265
fr. 24	228
fr. 6 § 4 de pec. leg. 33, 8	188, 253, 277 fg.
fr. 8 § 5	180
fr. 12	187
fr. 23 § 1	13, 279
fr. 34 pr. de auro 34, 2	262
fr. 8 pr. de lib. leg. 34, 3	86
fr. 11	58, 86
fr. 29	120
fr. 31 § 1	245
fr. 31 § 3 de adim. l. 34, 4	269
fr. 40 § 3 de cond. 35, 1	267, 278
fr. 40 § 5	99
fr. 6 de collat. 37, 6	184
fr. 1 § 22 si qd. in fr. 38, 5	159
fr. 13 § 2 dam. inf. 39, 2	87
fr. 10 de donat. 39, 5	217
fr. 31 § 1	258
fr. 35 pr.	267
fr. 4, fr. 6, fr. 19 de man. 40, 1	180 f.
fr. 3 § 1 de statul. 40, 7	265
fr. 3 § 2	267, 275
fr. 3 § 9	164
fr. 14 pr.	264
fr. 17	276
fr. 39 § 2	265
fr. 36 de lib. c. 40, 12	182
fr. 20 § 2, fr. 21 pr. de r. d. 41, 1	217

Seite

fr. 37 § 2 164
fr. 24 de poss. 41, 2 . . 164, 266
fr. 33 101
fr. 3, fr. 9 pro empt. 41, 4 . . 180
fr. 4 § 1 de re iud. 42, 1 . . . 311
fr. 6 § 15 quib. ex c. 42, 4 . . 147
fr. 1 § 9 de separ. 42, 6 . . . 239
fr. 6 § 12 quae in fr. 42, 8 . . 159
fr. 13 de prec. 43, 26 161
fr. 4 § 34 de exc. d. m. 44, 4 . 234
fr. 5 § 4 153
fr. 6 95
fr. 2 § 2 quar. rer. 44, 5 . . 182
fr. 24 de o. et a. 44, 7 . . . 245
fr. 49 161
fr. 38 § 20 de v. o. 45, 1 . . 87
fr. 135 § 2 74
fr. 10 § 2 de fidei. 46, 1 148, 204, 254, 292
fr. 18 43
fr. 45 62
fr. 69 176
fr. 12 de novat. 46, 2 88
fr. 19 de solut. 46, 3 . . 217, 267
fr. 35 268
fr. 59 177
fr. 81 § 1 66
fr. 84 139
fr. 94 § 2 45
fr. 3 pr. fr. 22 § 7 r. r. 46, 8. 67
fr. 52 § 26 de furt. 47, 2 . . 267
fr. 62 pr. 163
fr. 68 § 4 164
fr. 5 § 1 de adm. rer. 50, 8. . 309

Codex.

c. 19 de procur. 2, 12 . . . 312
c. 1 de dolo 2, 20 74
c. 4 de in int. rest. 2, 21 . . 306

Seite

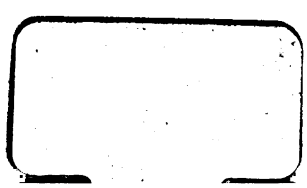
c. 4 si tutor 2, 24 305
c. 13 si cert. p. 4, 2 304
c. 15 297
c. 9 de cond. ob. c. d. 4, 6 . 182
c. 6 de exerc. a. 4, 25 . 207, 320
c. 1 quod cum eo 4, 26 . 161, 224
c. 7 . . . . . 298 fg.
c. 11 256
c. 2, c. 5 ad SC. Mac. 4, 28 . 288
c. 13 ad SC. Vell. 4, 29 . . . 82
c. 7 de dot. prom. 5, 11 . . . 188
c. 26 de adm. 5, 37 311
c. 1 quando ex f. 5, 39 . . . 311
c. 3 310
c. 2 de cur. fur. 5, 70 310
c. 1 § 5 de serv. com. 7, 7 . . 182
c. 8 de lib. c. 7, 16 182
c. 1 de adq. poss. 7, 32 . . . 217
c. 1 si aliena r. 8, 15 312
c. 13 de contr. st. 8, 37 . . . 83
c. 28 de fidei. 8, 41 149

Institutiones.

§ 5 per quas pers. 2, 9 . . . 217
§ 20 de leg. 2, 20 . . 13, 277, 280
§ 2 sq. de mand. 3, 26 . . . 104
§ 4 qd. cum eo 4, 7 208, 212, 238, 288
§ 5 11
§ 8 251

Edictum Justiniani IX . . 151

Gaius III, 156. . . . . 65, 104
IV, 74 . . . . . 11, 203, 238

Paulus, Sent. I, 4 § 5 . . . 160
II, 9 172

Vatic. fragm. 102 157